

**UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE**



## **TESIS DOCTORAL**

### **Alternativas para la legitimación del Poder Judicial en la aplicación jurisdiccional de los conceptos jurídicos indeterminados**

**Autora: ÁUDREA COLLEONE COSTA MILANESE**

**Director: Dr. JOSÉ ANTONIO COLMENERO GUERRA**

**Sevilla, 2015**

**UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE**



**PROGRAMA DE DOCTORADO:**

**“Justicia y Derecho: Gobernabilidad y Garantías  
2ª edición” (Bienio 2002-2003)**

## **TESIS DOCTORAL**

**Alternativas para la legitimación del Poder Judicial  
en la aplicación jurisdiccional de los conceptos  
jurídicos indeterminados**

**Autora: ÁUDREA COLLEONE COSTA MILANESE**

---

**Director: Dr. JOSÉ ANTONIO COLMENERO GUERRA**

---

**Sevilla, 2015**

*A Angelina,  
mi hija amada,  
mi más grande inspiración;*

*A mi amor Pablo,  
mi compañero, mi amigo,  
presente en todos los momentos, me anima, me fortalece y me enseña  
que los sueños pueden tornarse realidad*

*A mi madre Circe,  
mi ejemplo,  
por todo su amor y sacrificio;*

*A mi padre Péricles [in memoriam],  
que, de la estrella más brillante, me ilumina y me inspira;*

*Agradecimientos:*

*A Dios, por la fuerza y la fe, que me animaron en los momentos más  
difíciles;*

*A mi director  
Profesor Doctor José Antonio Colmenero Guerra,  
por sus conocimientos, experiencia, su incentivo y paciencia;*

*A la Universidad Pablo de Olavide,  
y a todos los profesores del programa de Doctorado,  
por la cálida acogida y por la siempre disponibilidad en ayudar;*

*A CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível  
Superior),  
por creer en este proyecto y financiarlo.*

## SUMARIO

<b>ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....</b>	<b>XIV</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>15</b>
 <b>PARTE I – CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS</b>	
 <b>Capítulo I</b>	
<b>LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: CARACTERIZACIÓN Y FUNDAMENTOS TEÓRICOS</b>	
<b>1. Introducción .....</b>	<b>20</b>
<b>2. Los conceptos jurídicos .....</b>	<b>23</b>
<b>A) La delimitación entre los conceptos determinados o         concretos e indeterminados o abstractos.....</b>	<b>23</b>
<b>B) Conceptos de naturaleza empírica y descriptiva: la         textura abierta .....</b>	<b>27</b>
<b>C) Los conceptos jurídicos indeterminados .....</b>	<b>31</b>
<b>3. Las clasificaciones de los conceptos jurídicos     indeterminados .....</b>	<b>38</b>
<b>A) La clasificación de HASSEMER .....</b>	<b>38</b>
<b>B) La clasificación de ENGISCH .....</b>	<b>42</b>
<b>4. Los conceptos jurídicos indeterminados como lagunas     del ordenamiento jurídico .....</b>	<b>57</b>

A) Las características del ordenamiento jurídico en la teoría de BOBBIO: unicidad, coherencia e integridad .....	57
B) La cuestión de las lagunas según FERRAJOLI .....	60
C) Lagunas: la cuestión de su existencia en el ordenamiento jurídico .....	65
D) Clasificación de las lagunas .....	73
E) Los conceptos jurídicos indeterminados: ¿pueden ser considerados lagunas del ordenamiento jurídico? .....	81
F) Consecuencias de considerar los conceptos jurídicos indeterminados como lagunas del ordenamiento jurídico .....	87

## **Capítulo II**

### **LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: PROBLEMÁTICA**

1. La tensión entre la creciente utilización del concepto jurídico indeterminado y los problemas que pueden generar .....	96
A) Algunas razones de la larga utilización de conceptos jurídicos indeterminados: su potencialidad .....	97
a) El carácter abierto del concepto indeterminado ..	98
b) La transferencia del legislador al juez de la concreción del concepto indeterminado .....	101

B) Los conceptos jurídicos indeterminados en el análisis económico del derecho .....	103
C) Los conceptos jurídicos indeterminados y los problemas que pueden generar .....	109
2. Los conceptos jurídicos indeterminados como resultado de las transformaciones del ordenamiento jurídico: ¿técnica necesaria para llevar a cabo los nuevos fines del Estado o vicio jurídico insanable? .....	114
A) Los conceptos jurídicos indeterminados como instrumento de la técnica normativa .....	125
3. La seguridad jurídica y su relación con los conceptos jurídicos indeterminados .....	132
A) Seguridad jurídica: nociones generales .....	132
B) Seguridad jurídica y propiedades formales de las reglas .....	136
C) Seguridad jurídica e imprecisión de las reglas: los efectos de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados .....	139

### **Capítulo III**

## **LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO**

1. La creación judicial del Derecho .....	145
2. Breve histórico de la cuestión .....	150
A) Escuela Exegética Francesa .....	151
B) Escuela Histórica Alemana .....	152
C) Jurisprudencia de conceptos .....	153

D) Jurisprudencia de intereses .....	157
E) Escuela del Derecho Libre .....	160
F) Escuela Científica Francesa .....	162
G) Teoría Pura del Derecho .....	164
H) Jurisprudencia de Valores .....	167
I) Jurisprudencia Sociológica y Realismo Jurídico Norteamericano .....	173
<b>3. La cuestión de la creación judicial del derecho en la actualidad .....</b>	<b>175</b>
<b>A) El llamado “neoconstitucionalismo”: ubicación y caracterización .....</b>	<b>176</b>
a) El marco filosófico .....	181
b) La terminología: neoconstitucionalismo (s), constitucionalismo contemporáneo, constitucionalismo principialista .....	183
<b>B) La creación judicial del Derecho en el neoconstitucionalismo .....</b>	<b>187</b>
a) La tesis de DWORKIN .....	190
b) El activismo judicial .....	198
<b>C) La oposición al neoconstitucionalismo: el constitucionalismo garantista de FERRAJOLI .....</b>	<b>206</b>
a) La separación entre moral y derecho .....	210
b) El rechazo a la contraposición entre principios y reglas .....	215
c) El rechazo a la ponderación .....	217
d) La propuesta de FERRAJOLI y los conceptos jurídicos indeterminados .....	223

4. Consideraciones sobre la adopción de una corriente de pensamiento en la creación judicial del Derecho .....	228
--	-----

## PARTE II – EL PODER JUDICIAL

### Capítulo IV

#### LOS PRECEDENTES REVOLUCIONARIOS DEL PODER JUDICIAL: UNA PERSPECTIVA DE LAS REVOLUCIONES NORTEAMERICANA Y FRANCESA

1. Introducción.....	232
2. El Poder Judicial en las revoluciones liberales del siglo XVIII.....	233
A) Consideraciones acerca de la influencia de la Revolución Norteamericana en la Revolución Francesa.....	233
B) Algunos rasgos de las principales bases filosóficas de las dos revoluciones.....	239
C) Revolución Norteamericana.....	244
a) La independencia de las trece colonias.....	244
b) La separación de poderes en la Constitución americana.....	247
c) El Poder Judicial en la Revolución de Norteamérica y la <i>judicial review</i> .....	253
D) Revolución Francesa: la revolución de su época.....	258
a) Una nueva concepción política y jurídica.....	259
b) El principio de la separación de poderes en las	



Constituciones Francesas de 1791, 1793 y 1795.....	260
c) Superioridad del parlamento y supremacía de la ley.....	265
d) El Poder Judicial en la Revolución Francesa y el <i>référé législatif</i> .....	267
3. Los dos modelos originados de Poder Judicial: el anglosajón y el continental .....	274

## **Capítulo V**

### **EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN DEL PODER JUDICIAL EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO**

1. Introducción.....	277
2. Estado de Derecho.....	278
A) Del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho .....	285
a) La crisis del Estado Liberal de Derecho.....	285
b) La aparente solución de los sistemas totalitarios.....	290
c) Estado Social de Derecho.....	291
d) Estado Social de Derecho, Estado de bienestar y Estado Democrático de derecho.....	301
B) El Estado Español como “Estado Social y Democrático de Derecho” .....	306
3. El Poder Judicial en la Constitución Española .....	312
A) El Poder Judicial y la terminología utilizada por la	

Constitución Española .....	312
B) La sumisión a la ley como principio constitucional que informa la configuración del Poder Judicial .....	315
C) Demás principios constitucionales que configuran del Poder Judicial.....	320
4. La legitimación del Poder Judicial .....	325
A) Las teorías de la legitimación del Poder Judicial.....	326
a) Teoría de la justicia popular .....	326
b) Teoría de la designación ministerial.....	332
c) Teoría de la legitimación a través del proceso...	334
d) La teoría de la vinculación del juez a la ley.....	335
B) La independencia del juez y su vinculación a la ley como fundamento de la legitimación del Poder Judicial .....	335

### **PARTE III – LAS SOLUCIONES**

#### **Capítulo VI**

#### **ALTERNATIVAS PARA LA LEGITIMACIÓN DEL PODER JUDICIAL EN LA APLICACIÓN JURISDICCIONAL DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS**

1. Introducción .....	348
2. La vinculación del juzgador al Derecho .....	349
3. El método ejemplificativo como modo de orientar el juez en la determinación del concepto indeterminado.....	357

<b>4. La propuesta de FERRAJOLI.....</b>	<b>360</b>
<b>A) Introducción.....</b>	<b>360</b>
<b>B) La actual crisis del Derecho .....</b>	<b>363</b>
<b>C) Legitimación democrática de la independencia         del juez .....</b>	<b>365</b>
<b>D) El constitucionalismo garantista de FERRAJOLI.</b>	<b>371</b>
<b>E) Los conceptos jurídicos indeterminados en la         teoría de FERRAJOLI .....</b>	<b>372</b>
<b>F) La inadecuación de la propuesta de FERRAJOLI         de la retomada de la Ciencia de la Legislación         como solución al problema de los conceptos         jurídicos indeterminados .....</b>	<b>375</b>
<b>G) La necesidad de la existencia de los conceptos         jurídicos indeterminados en los ordenamientos         jurídicos .....</b>	<b>379</b>
<b>H) El razonamiento moral en la concreción de los         conceptos jurídicos indeterminados .....</b>	<b>383</b>
<b>5. La motivación de las sentencias y su papel en la legitimación del Poder Judicial .....</b>	<b>388</b>
<b>A) Introducción.....</b>	<b>388</b>
<b>B) La motivación como fundamento de la legitimación         del Poder Judicial.....</b>	<b>389</b>
<b>C) Los requisitos de la motivación: racionalidad,         coherencia y razonabilidad.....</b>	<b>395</b>
<b>D) Motivación suficiente, completa y correcta .....</b>	<b>402</b>

E) La motivación y los conceptos jurídicos indeterminados .....	407
6. La necesidad de formación de los jueces.....	411
A) Introducción .....	411
B) Criterios para la formación de los jueces .....	413
C) La formación de los jueces y los conceptos jurídicos indeterminados .....	417
D) El nuevo Poder Judicial .....	420
CONCLUSIONES.....	423
BIBLIOGRAFÍA.....	457

## INDICE DE ABREVIATURAS

Art./s	Artículo/s.
CCB	Código Civil Brasileño
CCE	Código Civil Español
CE	Constitución Española
<i>cit.</i>	Obra Citada
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
n.	Número
p/pp	Página/s
ss.	Siguientes
Vol./s	Volumen/volúmenes

## INTRODUCCIÓN

Los ordenamientos jurídicos sufrieron, desde la época de las codificaciones hasta los días de hoy, transformaciones significativas que se asientan sustancialmente en el hecho de que el Derecho ha cambiado su función. Actualmente la ley no es utilizada sólo para dictar comportamientos, sino también para avanzar y orientar el desarrollo social y económico. Ello supone, lógicamente, la intervención del Derecho en nuevos sectores que, justamente en razón de esa nueva función de desarrollo social y económico, son mucho más complejos.

Con la finalidad de dar una respuesta a la complejidad de esos nuevos sectores de intervención, se recurre, cada vez más, a la técnica de legislar a través de conceptos jurídicos indeterminados. La utilización de conceptos jurídicos indeterminados es una de las transformaciones del ordenamiento jurídico que se hicieron necesarias para llevar a efecto nuevos fines que asumió el Estado. Ello porque el ordenamiento jurídico del actual Estado Social y Democrático de Derecho es mucho más complejo que en el Estado Liberal; así, el juez debe asumir un papel distinto también, con el fin de absorber la complejidad que otrora no había.

El uso de los conceptos jurídicos indeterminados se debe también a la dinamicidad de la sociedad, con sus avances

tecnológicos y culturales, que resultan en el surgimiento frecuente de nuevas situaciones que necesitan tutela jurídica, lo que exige de los textos legales la utilización de un lenguaje vivo y flexible. A través de tal técnica legislativa, cabe al juez depositar en los conceptos indeterminados la carga valorativa suficiente a concretizar las situaciones propuestas. Sin embargo, la actividad del juez puede tornarse peligrosa, dado que la discreción judicial, puede ultrapasar los límites del aceptable, pasando, así, a configurar una decisión arbitraria y, por lo tanto, criando un clima de inseguridad jurídica, lo que es totalmente en contra de los anhelos sociales y los valores básicos del Estado de Derecho.

La cuestión toma rumbos más amplios en la medida en que se establece que la legitimación del Poder Judicial está en la vinculación del juez a la ley: ¿estando frente a conceptos jurídicos indeterminados por la propia ley, cómo puede el juez estar a ella vinculado?

Analizar y buscar respuestas a esta compleja cuestión de la legitimación del Poder Judicial delante de los conceptos jurídicos indeterminados es justamente el objetivo general del presente trabajo de investigación.

Para ello, dividimos el trabajo en tres apartados, y cada apartado en capítulos, conforme los objetivos específicos fueran siendo explorados.

**La primera parte** trata de los conceptos jurídicos indeterminados, y es compuesta de tres capítulos. En el **primer capítulo** tratamos de caracterizar los conceptos jurídicos indeterminados, trazando su fundamentación teórica y exponiendo las acepciones y clasificaciones que se puede atribuírselos.

En el **segundo capítulo**, tras este panorama general, entonces, presentamos los problemas que la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados puede generar, destacando su proliferación tras las transformaciones del ordenamiento jurídico. Cerrando el primer capítulo analizamos el tema de la seguridad jurídica y su relación con los conceptos jurídicos indeterminados.

Es en el **tercer capítulo**, último de la primera parte, que tratamos de la creación judicial del derecho, examinando el papel del juez en la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados, presentando un breve histórico de la cuestión de la creación judicial del Derecho, dando énfasis a las principales escuelas, hasta las teorías de la actualidad, notadamente el neoconstitucionalismo (o constitucionalismo principialista) y el constitucionalismo garantista. Rematamos con reflexiones acerca de la adopción de una corriente de pensamiento acerca de la cuestión.

Pasamos, entonces, a la **segunda parte** del trabajo, que tiene como tema el Poder Judicial. En el **capítulo cuatro** constatamos que la cuestión de la vinculación del juez a la ley y, consecuentemente, del problema de la legitimación del Poder Judicial, está relacionada con los antecedentes del Estado de Derecho. Así, es imprescindible



al estudio de la cuestión la referencia al momento de nacimiento del Estado de Derecho, en que se firmó el principio de la división de los poderes y se consolidó la soberanía de la ley y la consecuente sumisión de los poderes del Estado a ella como ideal político.

Por ello, analizamos brevemente los rasgos principales de la Revolución de Norteamérica y de la Revolución Francesa, los dos principales movimientos que representan el origen de los postulados del Estado de Derecho. Apuntamos su ideología motivadora, importancia y tangencia en el tema ahora propuesto. Al final, exponemos el resultado de ambos procesos revolucionarios en lo que dice respecto al Poder Judicial: el surgimiento de dos modelos distintos de Poder Judicial: el norteamericano, basado en el *common law* y el europeo continental, basado en el *civil law*.

A continuación, todavía en la segunda parte, tras el examen de los procesos históricos que resultaron en el Estado de Derecho y en modelos distintos de Poder Judicial, en el **quinto capítulo**, entonces, averiguamos acerca del problema de la legitimación del Poder Judicial en el Estado Social y Democrático de Derecho. Sin embargo, antes es oportuno examinar los principios básicos del Estado de Derecho, por la importancia que presentan a la hora de legitimar los Poderes del Estado.

Tras ese análisis, pasamos efectivamente al estudio de las teorías de legitimación del Poder Judicial, dando especial relieve a la vinculación del juez a la ley. Entonces, previamente establecidas

estas líneas, es señalado el Poder Judicial en la Constitución Española, y analizados los mecanismos de su legitimación.

Finalmente, llegamos a la **Parte tres**, que comprende el **sexto capítulo**, en el cual procedemos a la reunión de las posibles soluciones encontradas en el desarrollo de los demás capítulos para la problemática principal del estudio: la legitimación del Poder Judicial delante de los conceptos jurídicos indeterminados. Así, presentamos y discutimos la viabilidad de las siguientes alternativas: la vinculación del juzgador al Derecho; el método ejemplificativo como modo de orientar el juez en la determinación del concepto indeterminado; la propuesta de FERRAJOLI; la motivación de las sentencias y su papel en la legitimación del Poder Judicial; y la necesidad de formación de los jueces.

Tras toda la exposición de la problemática, el desarrollo de los argumentos y el planteamiento y examen de las posibles alternativas para la solución de la cuestión objeto del presente estudio, exponemos las conclusiones a que llegamos acerca de la legitimación del Poder Judicial delante de los conceptos jurídicos indeterminados.

Los objetivos inicialmente propuestos en el plan de investigación fueron alcanzados, conforme el desarrollo de los capítulos lo demuestra. La metodología empleada para lograrlo fue la utilización del método inductivo, es decir, a través de la investigación e identificación de las partes del fenómeno, buscar una conclusión general. Las técnicas empleadas fueron básicamente la pesquisa bibliográfica.

## PARTE I – CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

### Capítulo I

#### LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: CARACTERIZACIÓN Y FUNDAMENTOS TEÓRICOS

##### 1. Introducción

El Derecho tiene como condición de existencia su formulación en un lenguaje<sup>1</sup>, de manera que “no existe derecho sin lenguaje, del mismo modo que no existe pensamiento fuera del lenguaje”<sup>2</sup>. Hay que estar articulado por palabras o expresiones que transmitan su contenido.

El lenguaje es, según ITURRALDE SESMA<sup>3</sup>, el “vehículo a través del cual se manifiesta el derecho”, siendo que el derecho no puede prescindir del lenguaje como instrumento necesario de

---

<sup>1</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “Indeterminación del derecho. Las paradojas de la interpretación jurídica”, en *La función judicial. Ética y democracia*, compiladores MALEN, Jorge, OROZCO, Jesús y VÁZQUEZ, Rodolfo, Barcelona, Ed. Gedisa, 2003, p. 58. También véase CAPELLA, Juan Ramón. *El derecho como lenguaje*, Barcelona, Ed. Ariel, 1968, p. 28.

<sup>2</sup> SÁINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Ed. Civitas, 1976, p.97.

<sup>3</sup> ITURRALDE SESMA, Victoria. *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2003, p. 35.

expresión y posibilidad de conocimiento y comunicación<sup>4</sup>. Para ello es necesario que el lenguaje sea claro, y resulte, de ésta forma, en enunciados determinados.

En ciencias exactas, como es el caso de la física o de la matemática, se utiliza un lenguaje que fue artificialmente construido a propósito, y esto elimina cualquier posibilidad de vaguedades o indeterminaciones. Pero, por otro lado, en la ciencia del Derecho no pasa lo mismo; nos encontramos con un problema porque, al contrario de lo que se verifica en aquellas áreas de las ciencias exactas, el lenguaje de la ciencia del Derecho es un lenguaje natural tecnificado, en que existen amplios márgenes para la vaguedad<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> MAZZARESE, Tecla, citada por ITURRALDE SESMA, Victoria. *Aplicación...*, cit., p. 35.

<sup>5</sup> ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*, Barcelona, Ed. Ariel Derecho, 2001, p. 56. Todavía, sosteniendo la vaguedad del lenguaje del Derecho ALEXY, Robert. "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 5, 1988, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com>, al 27/08/2014, 21:30, p. 139. También, en este sentido, ratifica LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª edición, Barcelona, Ed. Ariel Derecho, 2001, traducción al castellano de RODRÍGUEZ MOLINERO, M., p. 308: "El que el significado preciso de un texto sea constantemente problemático, depende, en primer lugar, de que el lenguaje usual, del que la ley se sirve ampliamente, no utiliza, a diferencia de una Lógica matematificada y del lenguaje de la ciencia, conceptos cuyo ámbito esté exactamente fijado, sino términos más o menos flexibles, cuyo posible significado se balancea dentro de una ancha cinta, y que puede ser distinto según las circunstancias, la relación objetiva y el contexto del discurso, la posición de la frase y el acento de una palabra. Incluso cuando se trata de conceptos en alguna medida fijos, éstos contienen con frecuencia notas distintivas que, por su parte, carecen de una delimitación tajante".

Por ello, no es raro encontrar en un ordenamiento jurídico figuras indeterminadas, expresiones carentes de determinación y que, para su aplicación por el juzgador necesitan no sólo la mera sujeción del juez a la ley, sino que requieren sean interpretadas o concretadas<sup>6</sup>.

Estas figuras abstractas pueden ser llamadas conceptos jurídicos indeterminados, cuya existencia es indiscutible, pero también lo es la necesidad de su utilización. Lo que sí, es discutible, es la problemática que le circunda, como la seguridad jurídica, la vinculación del juez a la ley y la propia legitimación del Poder Judicial.

En éste primer capítulo trataremos de caracterizar los conceptos jurídicos indeterminados, exponiendo algunas acepciones y clasificaciones que puede atribuírselos, exponiendo su fundamentación teórica, para después, en los capítulos siguientes, tras este panorama general, presentar, entonces, los problemas que la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados puede generar, destacando su proliferación tras las transformaciones del ordenamiento jurídico, y, finalmente, su relación con el postulado de la seguridad jurídica.

---

<sup>6</sup> Sostiene ASSIS ROIG, Rafael de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 180: “El lenguaje jurídico no es sólo un tipo de lenguaje especializado, sino que además se caracteriza por la utilización de términos ambiguos, vagos y emotivos que requieren en muchos casos de interpretación”.

## 2. Los conceptos jurídicos

### **A) La delimitación entre los conceptos determinados o concretos e indeterminados o abstractos**

La ley utiliza conceptos para expresar su voluntad. Esos conceptos, a su vez, pueden ser determinados o indeterminados, siendo posible también designarlos conceptos concretos o abstractos, respectivamente.

La antinomia entre lo concreto y lo abstracto fue analizada por ENGISCH<sup>7</sup>, cuando trató del tema de la idea de concreción del derecho. De entre las muchas definiciones para los dos términos, equipara lo concreto a lo real, perceptible, total y material, singular, individual, lo determinado dentro de la especie, e independiente. Lo abstracto es equiparado a lo ideal, no perceptible, formal, general, general en extensión y comprensión, lo más amplio dentro del género, y dependiente.

Hay, sin embargo, allá de las definiciones citadas, la que identifica lo concreto con lo determinado, y lo abstracto con lo indeterminado, y es justamente ésta la tenida por el autor como la definición que supera a los otros significados<sup>8</sup>, por la importancia de

---

<sup>7</sup> ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1968, traducción al castellano de GIL CREMADES, Juan José, pp. 69 y ss.

<sup>8</sup> ENGISCH, Karl. *La idea de concreción...*, *cit.*, pp. 75-79.

la contraposición de lo determinado y lo indeterminado en la esfera jurídica.

Por ello, son correspondientes los conceptos jurídicos determinados a los conceptos jurídicos concretos, y los indeterminados a los abstractos.

Entiende, así, ENGISCH, que los conceptos jurídicos indeterminados son conceptos cuyo contenido y alcance son en gran medida inciertos<sup>9</sup>.

Ya para SCWINGE<sup>10</sup>, los conceptos jurídicos indeterminados son:

“(...) elementos integrantes de la norma jurídica que... han de completarse mediante la jurisprudencia y la doctrina, siendo ello una concreción, una inserción jurídicamente creadora de una

---

<sup>9</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción al pensamiento jurídico*, Granada, Ed. Comares, 2001, traducción al castellano de GARZÓN VALDÉS, Ernesto, p. 130. Hay muchas definiciones de los conceptos jurídicos indeterminados, por ejemplo, la del autor brasileño ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2002, p.280: “ são opiniões mais ou menos indefinidas a que, ainda assim ou talvez justamente por isso, a maioria empresta sua adesão, ao mesmo tempo que preenche os inevitáveis pontos escuros e ambíguos com sua própria opinião pessoal.” Para el jurista, también brasileño, FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*, 4ª edición, São Paulo, Ed. Malheiros, 2003, p. 310, conceptos jurídicos indeterminados son: “os que manifestam vaguidade, isto é, não é possível, de antemão, determinar-lhes a extensão denotativa. Assim, por exemplo, as expressões: repouso noturno, ruído excessivo, perigo iminente, etc.”

<sup>10</sup> SCWINGE citado por ENGISCH, Karl. *La idea de concreción...*, cit., p. 176.

norma especial en el cuadro abstractamente considerado de la ley indeterminada.”

Para GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>11</sup> los conceptos determinados “delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca”. Con relación a los indeterminados, sostiene que “la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que se intenta delimitar un supuesto concreto”.

HENKE<sup>12</sup> hace la distinción entre los conceptos determinados e indeterminados:

“Los conceptos ‘determinados’ (‘cerrados’) constituyen la *armazón del ordenamiento jurídico*; ellos hacen posible edificar un sistema jurídico científico y garantizan asimismo la seguridad jurídica. Los conceptos ‘indeterminados’ (‘abiertos’) representan en cambio el *factor móvil* de ese ordenamiento. Atenúan la rigidez del sistema cerrado y sirven para la adaptación y especificación de las leyes.

---

<sup>11</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, 11ª. edición, Madrid, Ed. Civitas, 2002, vol. I, p. 459.

<sup>12</sup> HENKE, Horst-Eberhard. *La cuestión de hecho: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, traducción al castellano de TOMAS A. BANZHAF, pp. 71 y ss. En el mismo sentido, señala ARA PINILLA, Ignacio. “Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, en *Anuario de filosofía del Derecho*, n. 21, 2004, disponible en <http://dialnet.unirioja.es> al 10/02/2015, p. 113: “Los conceptos jurídicos indeterminados permiten así dotar a los sistemas jurídicos de la suficiente elasticidad para acomodar la regulación jurídica a las diversas circunstancias ambientales que definen el contexto de su aplicación, en la medida en que, como dice Chaïm Perelman, remiten a ‘lo que parece normal y aceptable en la sociedad del momento en que deben apreciarse los hechos.’.”



Los conceptos determinados son, pues, el elemento estático; los indeterminados, el elemento dinámico de las normas jurídicas.”

Eros GRAU defiende la tesis de que no existen *conceptos indeterminados*. Según el ex juez del Supremo Tribunal Federal de Brasil, “*si el concepto es indeterminado, no es concepto*”<sup>13</sup>, ya que todo concepto es un conjunto de ideas que, para ser concepto, tiene que ser, por lo menos, determinado.

Sigue el autor afirmando que los conceptos son siempre precisos, pues de otra forma, no serían conceptos, y pueden corresponder, aunque eso no necesariamente ocurra, a términos (palabras) precisos. Otra razón sería que los conceptos son típicamente *atemporales y ahistóricos* y, lo que pasa con los llamados *conceptos* jurídicos indeterminados es justamente el revés, es decir, son notable y particularmente homogéneos al desarrollo de las cosas, o sea, son básicamente históricos y temporales<sup>14</sup>.

Por ello, sería un equívoco denominar de *conceptos* jurídicos indeterminados lo que, en realidad, para él, son *nociones*; y noción, según GRAU, debe ser definida como “*una idea que se desarrolla a sí misma por contradicciones y superaciones sucesivas y que es, así, homogénea al desarrollo de las cosas*”.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> GRAU, Eros. *Interpretación y aplicación del derecho*. Madrid, Dykinson S. L., 2007, p. 222.

<sup>14</sup> GRAU, Eros. *Interpretación...* cit., p. 223.

<sup>15</sup> GRAU, Eros. *Interpretación...* cit., p. 226.

Él atribuye el equívoco de denominación a un problema de lenguaje: la lengua alemana utiliza la misma palabra – *begriff* – para connotar *concepto* e *noción*. Las traducciones del alemán, no sensibles a esta diferencia, lo hicieron sin considerarla, lo que resultó en la difusión de la expresión *conceptos jurídicos indeterminados*, y no, como sería el correcto, según el autor, *nociones jurídicas indeterminadas*<sup>16</sup>.

No obstante estas consideraciones del autor, seguiremos denominando en éste trabajo *conceptos* jurídicos indeterminados. Toda la doctrina especializada, no sólo en lengua española, suele denominar *conceptos*, y no *nociones* jurídicas indeterminadas.

Son, a lo mejor, *expresiones* o *términos* utilizados por el legislador para dar apertura al ordenamiento jurídico, posibilitando considerar, al aplicar la ley, circunstancias específicas del caso concreto.

## **B) Conceptos de naturaleza empírica y descriptiva: la textura abierta**

Merece la pena destacar que en derecho son muy pocos los conceptos absolutamente determinados. La mayoría de ellos son, al menos parcialmente, indeterminados<sup>17</sup>, dejando un margen de abstracción, que deberá ser complementado por el juez. De entre los raros que son totalmente determinados, están los conceptos

---

<sup>16</sup> GRAU, Eros. *Interpretación...* cit., p. 228.

<sup>17</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 130.

numéricos, especialmente aquellos que están relacionados a los conceptos de medida, tiempo y dinero. Por su propia naturaleza, es posible delimitar el ámbito de realidad de manera precisa e inequívoca. Son ejemplos de conceptos determinados, los cuales no comportan esa zona de abstracción, la medida de cincuenta kilómetros, el plazo de veinticuatro horas, el valor de treinta euros, etc.

Ubicados en una zona intermedia entre los conceptos determinados y los indeterminados, SOUSA<sup>18</sup> propone la existencia de los conceptos de naturaleza empírica y descriptiva. Su presencia en los textos legales es mucho más común y se refieren a objetos reales o a los que participan de la realidad, o sea, en las palabras del citado autor, que son “fundamentalmente perceptibles”<sup>19</sup> por los sentidos. Son ejemplos los conceptos de hombre, animal, fruta, casa, enfermedad, rojo, y normalmente sugieren pocas dudas respecto de las posibilidades de interpretación. El contenido de estos conceptos puede ser fijado objetivamente recurriendo a la experiencia común o a conocimientos específicos. Su utilización en los textos legales es normal y corriente y, según este autor, no genera problemas, pues no es necesaria una labor del juzgador en el sentido de determinarlo.

---

<sup>18</sup> SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*, Coimbra, Ed. Almedina, 1994, pp. 25 y ss.

<sup>19</sup> SOUSA, António Francisco de. *Conceitos...*, *cit.*, p. 25.

Sin embargo, WAISMANN<sup>20</sup>, analizando estos conceptos que también denomina empíricos, llama la atención para la textura abierta que pueden presentar.

Sostiene que la mayoría de los conceptos empíricos presenta esa característica fundamental de la textura abierta. Casi ninguno de ellos está delimitado de manera que no quepa ninguna duda. Para explicar la textura abierta de estos conceptos, utiliza varios ejemplos, como la palabra “gato”. Puede que se tenga la exacta definición mental de qué sea realmente un gato, pues el animal se comporta y se parece a un gato. Pero, con el tiempo, la criatura creció a un tamaño gigantesco y presentó un comportamiento que no debe ser encontrado con los gatos<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> WAISMANN, Friedrich., “Verifiability”, en. *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary, Volume XIX*, 1945, disponible en <http://www.ditext.com/waismann/verifiability.html>, fecha 22 de junio de 2015, 16:39.

<sup>21</sup> WAISMANN, Friedrich, “Verifiability...”, cit. Otro ejemplo citado por el autor es lo que puede pasar con las palabras “hombre” y “oro”. Sostiene el autor: “Supongamos que me encuentro con un ser que parece un hombre, habla como un hombre, se comporta como un hombre y es sólo un palmo de alto - ¿diré que es un hombre? O ¿qué pasa con el caso de una persona que es tan viejo que recuerdo rey Darius? ¿Diría usted que es un inmortal? (...) La noción de oro parece estar definida con absoluta precisión, digo por el espectro de oro con sus líneas características. Ahora ¿qué le dirías si una sustancia se descubrió que parecía oro, satisfacen todas las pruebas químicas para el oro, mientras que emite un nuevo tipo de radiación? Pero esas cosas no pasan. Tan absolutamente; pero pueden ocurrir, y eso es suficiente para mostrar que no podemos nunca excluimos en conjunto la posibilidad de alguna situación imprevista que surja en el que tendremos que modificar nuestra definición. Ningún concepto es limitado de tal

Quiere decir WAISMANN que situaciones imprevistas ocurren y no pueden ser descartadas; son ellas que modifican la definición de un concepto que, al comienzo, se podría estar seguro de su definición.

Así, es esta textura abierta que nos impide comprobar concluyentemente la mayoría de nuestras afirmaciones empíricas, ya que no podemos prever todas las condiciones posibles para usar el concepto. Solamente hay posibilidades, siempre quedando un margen de incertidumbre. De esta forma, la ausencia de una verificación concluyente es directamente debido a la textura abierta de los términos de que se trate<sup>22</sup>.

Además, la textura abierta de un concepto es ineliminable, pues siempre habrá un número indefinido de situaciones inimaginables respecto a los cuales el concepto todavía no estaría delimitado; cuando formado, son pensados solamente ciertos tipos de

---

manera que no hay espacio para cualquier duda. Introducimos un concepto y limitan en *algunas* direcciones; por ejemplo, definimos el oro a diferencia de algunos otros metales como aleaciones. Esto es suficiente para nuestro presente las necesidades, y no prueba nada más. Tendemos a pasar por alto el hecho de que siempre hay otras direcciones en las que el concepto no ha sido definido. Y si hiciéramos, podríamos imaginar fácilmente las condiciones que se requieren nuevas limitaciones. En definitiva, no es posible definir un concepto como el oro con una precisión absoluta, es decir, de tal manera que cada rincón está bloqueada contra aperturas o la duda. Eso es lo que se entiende por la textura abierta de un concepto.” (traducción libre)

<sup>22</sup> WAISMANN, Friedrich, “Verifiability...”, cit.

circunstancias, no se pudiendo eliminar la posibilidad que surja algún factor imprevisible<sup>23</sup>.

Por lo tanto, aunque estén en la zona intermedia, entre los conceptos determinados e indeterminados, pueden, sí, muchas veces, los conceptos de naturaleza empírica suscitar problemas a la hora de su aplicación al caso concreto, justamente en razón de su textura abierta tantas veces presentada.

HART, de la misma forma, ha advertido que el lenguaje jurídico posee núcleos de significado claro y zonas de penumbra, en las cuales algún punto de su aplicación será dudoso y, consecuentemente, indeterminado. El autor también denomina de “textura abierta” del Derecho la característica de que, inevitablemente, en algún punto, el Derecho es indeterminado<sup>24</sup>.

### **C) Los conceptos jurídicos indeterminados**

La expresión “indeterminación del derecho” puede, según RÓDENAS, tener tres significados distintos. El primero, como indeterminación causal de las decisiones judiciales, que es observable cuando insuficiente la fuerza motivadora de las normas jurídicas en relación con las sentencias. El segundo, es la indeterminación debida a defectos lógicos de los sistemas jurídicos,

---

<sup>23</sup> ALSTON, Willian P., *Filosofía del lenguaje*, 3ª edición, Madrid, Madrid Alianza, 1985, p. 139.

<sup>24</sup> HART, Herbert L. A. *El concepto de derecho*, 2ª edición, Buenos Aires, 1968, Ed. Abeledo-Perrot, traducción al castellano de CARRIÓ, Genaro R., p. 159-160.

es decir, tiene su causa en los problemas de consistencia o completitud de los sistemas jurídicos, o sea, dice respecto al problema de las lagunas y de las antinomias. El tercer significado es la indeterminación lingüística, que “supone que puede haber casos en los que no es posible identificar qué es lo que el Derecho requiere debido a problemas del lenguaje mediante el que éste se expresa.”<sup>25</sup>

El significado de indeterminación que se toma en este trabajo es la observable en el ámbito del lenguaje (indeterminación lingüística) que, según ENDICOTT, significa “la falta de claridad en la aplicación de expresiones lingüísticas que puede generar indeterminación jurídica”<sup>26</sup>.

Los conceptos jurídicos indeterminados o abstractos son justamente esas expresiones carentes de claridad, vagas, que presentan carácter abierto y moldeable al caso concreto.

Al opuesto de lo que pasa con los determinados, no se presentan con la exactitud inherente a estos, y tampoco pueden ser

---

<sup>25</sup> RÓDENAS, Ángeles. “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, n. 24, 2001, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com.br>, fecha 27/08/2014, 22:00, pp. 65-66.

<sup>26</sup> ENDICOTT, Timothy A. O. *La vaguedad en el derecho*, Madrid, Ed. Dykinson S. L., 2006, traducción al castellano de REAL ALCALÁ, J. Alberto y VEGA GÓMEZ, Juan, p. 34.

fundamentalmente perceptibles por los sentidos, como lo son los conceptos de naturaleza empírica y descriptiva<sup>27</sup>.

Mientras los conceptos determinados poseen visiblemente una zona de certeza positiva y una zona de certeza negativa del supuesto, permitiendo contestar con convicción la cuestión de si un supuesto queda o no comprendido en su campo semántico (candidatos positivos y negativos), en los conceptos indeterminados hay, además, una zona de duda posible<sup>28</sup>.

Ello significa que, allá de permitir la inclusión y la exclusión con seguridad determinados supuestos (candidatos positivos o negativos), hay también “candidatos neutrales”, es decir, aquellos

---

<sup>27</sup> Interesante la observación de PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Ed. Tecnos, 1987, p. 94, cuando sostiene que la expresión conceptos jurídicos indeterminados seguramente “(...) no es muy afortunada, pues parece sugerir una nítida separación entre lo determinado y lo indeterminado que, como ya sabemos, no existe en el lenguaje jurídico. (...) hay que reconocer, no obstante, que entre los juristas el origen de tal distinción no obedece tanto al deseo de separar unos conceptos de otros en función de su determinabilidad, cuanto al propósito de excluir o cercenar interpretaciones discrecionales”.

<sup>28</sup> GARCÍA SALGADO, María José. “Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean” en *Anuario de filosofía del derecho*, disponible en <http://dialnet.unirioja.es> al 24/04/2014 n. 20, 2003, p 107. También apuntando la zona de certeza, la zona de incertidumbre y la zona de certeza negativa del concepto indeterminado, ORTEGA GUTIÉRREZ, David. *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, Ed. Dykinson, 2009, pp. 21-22.



respecto de los cuales hay dudas, y no es posible afirmar de forma segura si están comprendidos o no dentro del concepto<sup>29</sup>.

Por lo tanto, como concluye GARCÍA SALGADO<sup>30</sup>, es posible afirmar que

“Todo concepto indeterminado tiene por tanto un grado de determinación, unos candidatos positivos y negativos seguros; lo que lo diferencia de un concepto determinado es que tiene además un mayor o menor número de candidatos neutrales, una zona de penumbra más o menos extensa. En el ejemplo propuesto”

Luego, la diferencia entre el concepto determinado y el indeterminado acaba siendo “cuantitativa”<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> GARCÍA SALGADO, María José. “Determinar lo indeterminado:...” cit”, p. 107. Todavía, por MORAES LAUDANNA, Raquel. “Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual”, en *Revista da faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 28, n. 1, jan/jul 2012, p. 56, explica la cuestión: “Com efeito, os conceitos, via de regra, possuem uma estrutura interna (i) um círculo de certeza de tamanho pequeno; (ii) um círculo maior que este, que seria a zona de penumbra; (iii) um outro círculo, ainda maior, que seria uma zona de certeza, mas negativa. Nesse passo, esta imagem com três círculos concêntricos admitiria uma área central, em que a certeza seria positiva (como núcleo do conceito, algo que ‘é’). E, no último círculo do conceito, haveria uma certeza negativa (‘não é’, com certeza). Diante desse contexto, a incerteza de um conceito se situaria na orla periférica do círculo mencionado, mas a sua variante se cinge justamente na extensão da referida parcela periférica”.

<sup>30</sup> GARCÍA SALGADO, María José. “Determinar lo indeterminado:...” cit”, p. 107.

<sup>31</sup> ARRUDA ALVIN WAMBIER, Teresa. Uma reflexão sobre as cláusulas gerais no Código Civil de 2002: a função social do contrato”, en *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 831, año 94, jan. 2005, p. 60.

Una característica importante de los conceptos jurídicos indeterminados es que poseen un carácter totalmente abierto, y es justamente ese carácter que proporciona a los conceptos indeterminados la capacidad de perfecta adaptación al caso concreto específico, dado que son consideradas, en el momento de la concreción por el juez, todas las circunstancias particulares del hecho que se está analizando. Así, el legislador transfirió la tarea de determinación del concepto al juez, porque este está más cerca de los hechos<sup>32</sup>.

Podemos, entonces, decir que fue una opción del legislador la utilización de expresiones indeterminadas. Conviene subrayar la reflexión hecha por ARA PINILLA, respecto de la perspectiva que se debe entender indeterminado el concepto. Sostiene que la alusión a estas figuras indeterminadas pone de relieve la voluntad del emisor del lenguaje jurídico de mantener indeterminado, en un primer momento, su contenido semántico<sup>33</sup>.

Lo mismo no se puede afirmar que suceda con los demás conceptos que existen en los enunciados jurídicos, los cuales, independiente de la manera en que son asumidos de hecho por sus destinatarios, pretende su emisor que resulten perfectamente determinados<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> HENKE, Horst-Eberhard. *La cuestión de hecho...*, cit., p. 58.

<sup>33</sup> ARA PINILLA, Ignacio. "Presupuestos y posibilidades..." cit., p. 111.

<sup>34</sup> ARA PINILLA, Ignacio. "Presupuestos y posibilidades..." cit., p. 111.

La indeterminación del concepto, así, debe ser tenida asumiéndose el punto de vista del emisor del lenguaje, es decir, del legislador, porque, si partiera de la perspectiva de su receptor, o sea, el juez, los conceptos jurídicos, en general, resultarían en mayor o menor medida indeterminados<sup>35</sup>:

Al dejar intencionalmente indeterminado el concepto, el legislador trasfiere la tarea de rellenar en cada caso su contenido semántico por el receptor del lenguaje jurídico. Esta remisión permite que el destinatario del derecho complete el mandato normativo, considerando circunstancias específicas y adaptando el enunciado a los cambios sociales<sup>36</sup>.

En esa labor, entonces, la actividad desarrollada por el juez es apoyada en valores y reglas extrajurídicas, cargada de criterios valorativos. Con eso, la figura legal de formación indeterminada posibilita el sometimiento del derecho a los valores éticos y da al enfoque valorativo prioridad sobre la decisión técnico-jurídica<sup>37</sup>.

Los conceptos jurídicos indeterminados dan al lenguaje legal una composición abierta y actúan como “poros” de la ley, aperturas legales, cuya eliminación es imposible, pues no se puede imaginar un ordenamiento absolutamente impermeable. Y en estos aludidos huecos, hay, según Alejandro NIETO, siempre margen para el arbitrio del juez, que se revela en la identificación de las peculiaridades del

---

<sup>35</sup> ARA PINILLA, Ignacio. “Presupuestos y posibilidades...”. cit, p. 111.

<sup>36</sup> ARA PINILLA, Ignacio. “Presupuestos y posibilidades...”. cit, p. 112.

<sup>37</sup> HENKE, Horst-Eberhard. *La cuestión de hecho...*, cit., p. 59.

caso específico, para que se pueda, en fin, determinar el concepto hasta entonces indeterminado por la ley<sup>38</sup>.

Estas figuras legales abstractas pueden aun ser denominadas de *standards* jurídicos<sup>39</sup>, expresión que se debe a la doctrina inglesa, y a la alemana el vocablo “máximas de experiencia”<sup>40</sup>.

El *standard* jurídico, expresión para designar a aquellas reglas indeterminadas y flexibles, según BADENES GASSET,

“sustituye la rigidez de la regla por aquella ductilidad que es consecuencia de la expresión, en términos generales, de la conducta normal de una persona en circunstancias regulares, que permite al juez adaptar esta medida a cada caso particular.”

Por su naturaleza dúctil y amoldable, es de aplicación empírica y conduce a una justicia individualizada, pues en su aplicación, el intérprete considerará las circunstancias específicas del caso concreto, y utilizará los conocimientos adquiridos por su experiencia personal (máximas de experiencia)<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ed. Ariel, 2000, p. 229.

<sup>39</sup> En éste sentido entiende COLMENERO GUERRA, José Antonio. *El recurso de suplicación: doctrina, jurisprudencia y formularios*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001, p. 346.

<sup>40</sup> BADENES GASSET, Ramón. *Metodología del derecho*, 1ª edición, 2ª reimpresión, Barcelona, Ed. Bosch, 2000, p. 257.

<sup>41</sup> BADENES GASSET, Ramón. *Metodología...*, cit., p. 259.

La doctrina italiana utiliza el término “conceptos válvulas” para designarlos, justamente porque los conceptos jurídicos indeterminados poseen, según PARESCE<sup>42</sup>,

“la posibilidad de asumir una coloración diferente en función de los tiempos, las circunstancias, los desarrollos del tecnicismo jurídico, constituyen en cierto sentido válvulas reguladoras de la afluencia de corrientes vitales del derecho.”

### **3. Las clasificaciones de los conceptos jurídicos indeterminados**

#### **A) La clasificación de HASSEMER**

HASSEMER<sup>43</sup>, al proponer la formulación de las leyes en un lenguaje vivo y flexible, pero también preciso, resalta la existencia de “tipos equívocos”, que, en verdad, son los conceptos jurídicos indeterminados.

Esos conceptos, según el mismo autor, pueden ser clasificados en: conceptos vagos, porosos, que reflejan una disposición o tendencia anímica, y los necesitados de complemento valorativo<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> PARESCE, Enrico. *La dinamica de diritto. Contributi ad uma scienza Del diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 1975, p. 479.

<sup>43</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1984, traducción al castellano de FRANCISCO MUÑOZ CONDE y LUIZ ARROYO ZAPATERO, pp. 221-243.

<sup>44</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, cit., pp. 221-243 y ss..

Para explicar en qué consisten los conceptos vagos, HASSEMER utiliza el concepto de “documento”, sobre el cual cualquier persona tiene una idea de su significado. Dentro de él, están los elementos a los cuales no se cuestiona sobre la posibilidad de no se encuadraren en este concepto; por ejemplo, un permiso de conducir es un documento, y se puede decir que es, así, un “candidato positivo”. Por otro lado, hay elementos que ciertamente no integran el concepto; por ejemplo, la página de un libro, y a esos elementos se denomina “candidato negativo”. Sin embargo, existen elementos en los cuales no se sabe decir con seguridad si son incluidos o no en el concepto de documento; estos son los “candidatos neutrales”. Los conceptos vagos son, por lo tanto, aquellos que “tienen por lo menos un candidato neutral”<sup>45</sup>.

Los que HASSEMER denomina conceptos vagos no son puramente conceptos jurídicos indeterminados, pero tampoco lo son determinados. Pueden ser situados en la zona intermedia entre los conceptos determinados y los indeterminados, siendo, así, calificados de conceptos de naturaleza empírica y descriptiva, planteados por

---

<sup>45</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, cit., p. 225. En el mismo sentido KRELL, Andreas J. “A recepção das teorias alemãs sobre ‘conceitos jurídicos indeterminados’ e o controle da discricionariedade no Brasil”, en *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, n.2, 2004, pp. 33-78. El autor discurre acerca de las “zonas de incertidumbre”, subrayando la existencia de tres llamados “candidatos” de los conceptos jurídicos indeterminados: “los *positivos*, los *negativos* y los *candidatos neutrales*, siendo los últimos ubicados en la zona de vaguedad.” (p. 57).

SOUSA<sup>46</sup>, pues son “fundamentalmente perceptibles”<sup>47</sup> por los sentidos, como los conceptos de hombre, animal, fruta, casa, enfermedad, rojo y también el de documento.

Conforme ya afirmado<sup>48</sup>, el citado autor afirma que estos conceptos sugieren pocas dudas respecto de las posibilidades de interpretación ya que su contenido puede ser fijado objetivamente recurriendo a la experiencia común o a conocimientos específicos

Sin embargo, esta no es una opinión pacificada. La presencia de los conceptos empíricos o de naturaleza descriptiva pueden, sí, generar problemas para el juzgador.

Es lo que defiende WAISMANN, cuando llama la atención para la textura abierta que pueden presentar, pues casi siempre queda una duda respecto de su delimitación. Situaciones imprevistas ocurren y no pueden ser descartadas; son ellas que modifican la definición de un concepto que, al comienzo, se podría estar seguro de su definición. Así, es esta textura abierta que nos impide comprobar concluyentemente la mayoría de nuestras afirmaciones empíricas, ya que no podemos prever todas las condiciones posibles para usar el concepto. Solamente hay posibilidades, siempre quedando un margen de incertidumbre. De esta forma, la ausencia

---

<sup>46</sup> SOUSA, António Francisco de. *Conceitos...*, cit., pp. 25 y ss.

<sup>47</sup> SOUSA, António Francisco de. *Conceitos...*, cit., p. 25.

<sup>48</sup> Véase ítem 2 del presente Capítulo.

de una verificación concluyente es directamente debido a la textura abierta de los términos de que se trate<sup>49</sup>.

Volviendo a la clasificación de HASSEMER, además de los conceptos vagos, existen los conceptos porosos, los que reflejan una disposición o tendencia anímica, y los necesitados de complemento valorativo<sup>50</sup>. Con excepción de los conceptos vagos, las demás especies analizadas por HASSEMER son verdaderos conceptos jurídicos indeterminados, por las razones que siguen.

Los conceptos porosos, para ese autor, son aquellos que poseen una “vaguedad potencial”, es decir, mismo que la ley haya definido exhaustivamente cuales son los elementos que componen el concepto, él se queda abierto al futuro y el cambio social le da candidatos neutrales<sup>51</sup>.

Conceptos que reflejan una disposición o tendencia anímica son los que necesitan una deducción por el juez a través de indicadores. Son incluidos en esa clasificación los conceptos, por ejemplo, de “buena fe” y “intención”, los cuales no pueden ser constatados por el juez, porque están ocultos tras el cerebro de alguien. Así que, sólo con el auxilio de instrumentos es posible hacer tal deducción, y a estos instrumentos se denominan indicadores, que, en verdad, son indicios de la existencia o no de tales elementos<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> WAISMANN, Friedrich, “Verifiability...”, cit, p.

<sup>50</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, cit., pp. 221-243 y ss.

<sup>51</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, cit., p. 228.

<sup>52</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, cit., pp. 227-228.



Finalmente, son denominados conceptos necesitados de contenido valorativo aquellos sobre los cuales el juez, a través de la formulación de datos empíricos con la ayuda técnica, emplea su valoración, es decir, la propia ley permite al juez basar su sentencia en su propio juicio. El ejemplo es el concepto de “buenas costumbres”; su significado amplio abre al juez, forzosamente, ámbitos de libertad de decisión entre los que tiene que moverse sin instrucciones del legislador, lo que lleva a la utilización, por el juzgador, de reglas de uso<sup>53</sup>.

## **B) La clasificación de ENGISCH**

La clasificación propuesta por ENGISCH<sup>54</sup> es distinta. Para este autor, hay diferentes formas de expresiones legales que tienen como consecuencia un relajamiento de la vinculación del juez a la ley, que adquiere, al aplicar la ley, mayor independencia frente a ella. Así, distingue como formas de este tipo los conceptos jurídicos indeterminados, los conceptos normativos, los conceptos de libre interpretación y las cláusulas generales.

El concepto jurídico indeterminado propiamente dicho es, según ENGISCH, un “concepto cuyo contenido y alcance es en gran medida incierto”<sup>55</sup>. Conforme ya señalado cuando analizamos la diferencia entre los conceptos determinados e indeterminados, son

---

<sup>53</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, cit., pp. 242-243.

<sup>54</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 129.

<sup>55</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 130.

poco frecuentes los conceptos absolutamente determinados, siendo que la mayoría de los conceptos son, al menos parcialmente, indeterminados.

La segunda especie identificada por ENGISCH es la de los conceptos normativos, pero que no dejan de ser considerados conceptos jurídicos indeterminados también<sup>56</sup>. Para entender en qué consisten los conceptos normativos, hay que tener en cuenta los conceptos descriptivos, a los cuales los normativos se oponen. Son, así, conceptos descriptivos “aquellos que hacen referencia ‘descriptiva’ a objetos reales o seudorreales, y objetos que son fundamentalmente perceptibles y de alguna manera objeto de la experiencia”<sup>57</sup>, como son los conceptos de hombre, muerte, velocidad, intención, rojo, oscuridad. Aunque dentro de los conceptos descriptivos se encuentren muchos conceptos indeterminados, la mayoría de ellos son, así como los conceptos vagos de HASSEMER, no conceptos jurídicos indeterminados, sino que conceptos naturaleza empírica y descriptiva, que presentan una textura abierta, situados en la zona intermedia entre los conceptos determinados y los indeterminados, pues son fácilmente perceptibles por los sentidos<sup>58</sup>.

Lo mismo no pasa con relación a los llamados conceptos normativos, que son considerados, en su gran mayoría, conceptos jurídicos indeterminados, pues, al contrario de los descriptivos, los

---

<sup>56</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 131.

<sup>57</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 131.

<sup>58</sup> SOUSA, António Francisco de. *Conceitos...*, cit., p. 25.

conceptos normativos “apuntan a datos que no son simplemente perceptibles o experimentables, sino sólo son imaginados y comprendidos en conexión con el mundo de las normas”<sup>59</sup>. Por ejemplo, es posible imaginar los conceptos descriptivos de persona, muerte u oscuridad, como simples conceptos de la experiencia, pero no es posible conjeturar el concepto de cosa ‘ajena’ sin pensar al mismo tiempo en normas de la propiedad<sup>60</sup>.

Sin embargo, la regla contiene excepciones. No todos los conceptos normativos deben ser reconocidos como conceptos jurídicos indeterminados. Hay algunos que, aunque de contenido normativo, como matrimonio o menor de edad, pueden perfectamente ser perceptibles por los sentidos, siendo, así, clasificados como conceptos de naturaleza empírica y descriptiva.

ENGISCH, a par de la acepción de los conceptos normativos expuesta, presenta otra, que denomina “la significación de lo normativo en sentido estricto”, y que se encuentra en que siempre se necesita una valoración para poder aplicar un concepto normativo a un caso concreto<sup>61</sup>. La conclusión a que llega ENGISCH es que los conceptos normativos son, en realidad, “conceptos que necesitan un contenido valorativo”<sup>62</sup>, pero que difieren de los también así denominados por HASSEMER. Es que en la clasificación de este autor, los conceptos necesitados de contenido valorativo tienen otro

---

<sup>59</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 132.

<sup>60</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 132.

<sup>61</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 133.

<sup>62</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 133.

significado, es decir, son conceptos que permiten al juez basar su sentencia en su propio juicio, dando amplia libertad de decisión. Así, más bien son equiparados los conceptos que necesitan de contenido valorativo de HASSEMER a los conceptos de libre interpretación, que serán examinados a seguir.

En la clasificación de ENGISCH, la tercera forma de expresión legal que tiene como consecuencia un relajamiento de la vinculación a la ley es el concepto de libre interpretación o libre apreciación<sup>63</sup>. Lo que se considera para su caracterización es el libre criterio judicial y el libre criterio administrativo, es decir, se trata de la cuestión de si las decisiones de libre apreciación de las autoridades administrativas pueden ser examinadas y corregidas por los tribunales de justicia y si las decisiones de libre apreciación de los tribunales pueden ser modificadas por los tribunales superiores<sup>64</sup>.

Adentrar en el problema del examen judicial de los actos administrativos significaría el distanciamiento del objetivo del presente estudio, razón por la cual trataremos con más detalles solamente la libre apreciación judicial.

ENGISCH presenta dos ejemplos de la libre apreciación judicial: el caso del establecimiento de determinada cuantía de indemnización pecuniaria, en la obligación de indemnizar daños y perjuicios, y la hipótesis de la aplicación judicial de la pena, dentro de

---

<sup>63</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 134.

<sup>64</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 134.

ciertos límites<sup>65</sup>. Respecto de la posibilidad de impugnación, por jurídicamente injusta la indemnización o la pena, de un fallo dónde el juez ha decidido con libre apreciación, estableciendo la indemnización o la pena en el caso singular, sostiene el autor que vale el siguiente principio característico del criterio libre en la apreciación de la pena y de la indemnización: no puede realizarse ningún examen judicial en la instancia de revisión, pues la libertad (esencial en la libre apreciación judicial) significa precisamente decisión personal y, si hay revisión, que es una intervención ajena, ya no existe libertad alguna<sup>66</sup>. En ésta hipótesis, la actividad judicial realizada es, por tanto, irrevisable.

Los verdaderos conceptos de interpretación libre constituyen una categoría especial junto a los conceptos indeterminados y los normativos, o al menos están en ellos comprendidos. Incluso, ENGISCH los cualifica como un “subcaso de conceptos indeterminados y normativos”<sup>67</sup>. Pero hay que tener en cuenta que la recíproca no es verdadera: en ningún caso cabe decir que todos los conceptos indeterminados y normativos sean conceptos de interpretación libre pues los conceptos indeterminados descriptivos, por ejemplo, no son conceptos de libre apreciación<sup>68</sup>.

Sin embargo, el problema está en saber identificar cuando un concepto es concepto de apreciación libre, y a esta cuestión no existe

---

<sup>65</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 135.

<sup>66</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 136.

<sup>67</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 139.

<sup>68</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 139.

ninguna respuesta general. En realidad, no basta que haya indeterminación y normatividad; es necesario agregar algo más, o sea:

“Hay que decir en cada caso si los criterios de libre valoración fijados por la ley, ya se encuentren en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica (más exactamente en la ordenación de la consecuencia jurídica), han de considerarse como otorgamiento de una verdadera apreciación libre, con lo que habría de pensar que depende de quién aplica la ley el encontrar, dentro de ciertos límites, obligatoria y no arbitrariamente, pero sí subjetiva y personalmente, la decisión correcta del caso concreto, según la concepción personal de lo conveniente, de lo necesario y de lo justo.”

Para entender cuándo se ha querido la libertad o la vinculación y cuando ha de ser decisiva la opinión de las autoridades o criterios objetivos es necesario realizar una ponderación de los diferentes objetivos e intereses a cuyo servicio está el precepto legal. Y la respuesta es restrictiva, es decir, un concepto indeterminado como autorización para actuar según el criterio libre solamente existirá donde los intereses superiores de la comunidad y el bienestar general exigen ésta libertad incondicionada<sup>69</sup>.

De todos modos, el campo de la libre apreciación es pequeño y fundamentalmente está limitado a la administración, aunque, según el autor, haya una pequeña parcela de libre interpretación judicial. Es que, en estas hipótesis, la mayoría de las veces, más bien se trata de

---

<sup>69</sup> HUBER, E. R., citado por ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 142.

conceptos normativos que necesitan una valoración, pero no una valoración personal, sino una valoración válida y unívoca<sup>70</sup>.

Al final y al cabo, la decisión de si se admite o no el criterio libre será del juzgador o del administrador, en la labor interpretativa de las leyes y de las instituciones<sup>71</sup>. Pero, considerar que la decisión por admitirse la libre interpretación está en las manos del juzgador y que las decisiones producto de la libre apreciación son irrevisables, puede resultar peligroso, y por eso la decisión hay que ser sopesada y, razonablemente motivada.

Importante esclarecer que hay diferentes entendimientos respecto de la actitud que debe tener el juez cuando se encuentra con un concepto jurídico indeterminado. Las teorías van desde la aceptación de las convicciones personales del juzgador, para concretar el concepto indeterminado, hasta admitir la existencia de las figuras indeterminadas como verdaderos vicios de la ley, proponiendo, incluso, su eliminación del ordenamiento jurídico. Sin embargo, este tema será tratado en el desarrollo del presente trabajo.

La llamada cláusula general es la última especie identificada en la clasificación considerada por ENGISCH de los conceptos que permiten un relajamiento de la vinculación a la ley<sup>72</sup>. Además, de todas las denominaciones que hemos analizado hasta ahora,

---

<sup>70</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 139.

<sup>71</sup> HUBER, E. R., citado por ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 142.

<sup>72</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 142.

seguramente las de conceptos jurídicos indeterminados y de cláusulas generales son las más comunes.

Por cláusula general hay que entenderse como “una redacción expresiva de los supuestos de hecho que abarca con gran generalidad un campo de casos y les enseña su correspondiente tratamiento jurídico”<sup>73</sup>. Un ejemplo clásico de cláusula general es la expresión “buenas costumbres”<sup>74</sup>.

El contrario de la cláusula general es la enunciación casuística. Para aclarar la diferencia que hay entre una y otra, ENGISCH utiliza el ejemplo de la Ley de Competencia Desleal

---

<sup>73</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 143.

<sup>74</sup> La legislación española se refiere en muchas ocasiones a la moral y a las buenas costumbres. Como ejemplo, se pueden citar los siguientes artículos del CCE:

“Art. 1.116. Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa.”

“Art. 1.255. Los contratantes pueden establecer los pactos, las cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.”

“Art. 1.271. Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.

Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al art. 1.056.

Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.”

“Art. 1.275. Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.”



Alemana<sup>75</sup>. Casuísticamente, actúa el art. 3, que vincula el deber de omisión a los siguientes supuestos de hecho: “quien, en anuncios públicos... sobre la situación económica, especialmente sobre la calidad, origen, tipo de fabricación o cálculos de precios de mercancías o servicios..., proporciona datos falsos que pueden producir la impresión de una oferta especialmente favorable...” Por el contrario, el art. 1º de esta ley establece una cláusula general: “Quien, en la vida comercial, realice acciones con fines competitivos que atenten contra las buenas costumbres...”.

Aunque posean significados antónimos, la cláusula general y el método casuístico no siempre se excluyen, al contrario, pueden, incluso, complementarse. Tanto que una vinculación positiva, hasta mismo recomendable es el llamado método ejemplificante (o ejemplificativo)<sup>76</sup>.

Ahora bien, tras la debida definición de la cláusula general, cabe establecer su relación con las demás formas de expresiones legales que tienen como consecuencia un relajamiento de la vinculación del juez a la ley, o sea, los conceptos jurídicos indeterminados, los conceptos normativos y los conceptos de libre apreciación.

Desde luego, no todo concepto indeterminado, normativo o de libre interpretación es una cláusula general, en razón de que ésta posee una cierta generalidad que no es observada en los demás

---

<sup>75</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 144.

<sup>76</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 146.

conceptos. Además, siquiera es posible considerar que las cláusulas generales constituyan sólo un sector caracterizado por una relativa generalidad dentro del conjunto de los demás conceptos, pues no se puede afirmar que toda cláusula general sea al mismo tiempo indeterminada o normativa, que tenga por objeto un criterio libre o sea todo eso simultáneamente<sup>77</sup>.

Es perfectamente posible imaginar una cláusula general que sea, en cierta medida determinada, se sirva de conceptos descriptivos y no prescinda de la apreciación personal de quien aplica la ley. El ejemplo ofrecido por ENGISCH es “quien dolosamente ponga una persona en peligro de muerte”<sup>78</sup>. Sin embargo, cláusulas generales con éstas características no presentan mayores problemas a la hora de su interpretación. Así, hay que considerar como problemáticas aquellas que sean, por lo menos, simultáneamente indeterminadas y normativas, pero no cabe decir que las cláusulas generales sean, simultáneamente, la mayoría de las veces, cláusulas de criterio libre; por el contrario, lo que ocurre es que las cláusulas generales no contienen ninguna delegación de libre interpretación, pues apuntan a valoraciones objetivamente válidas<sup>79</sup>.

Desde el punto de vista metodológico, las cláusulas generales no exigen ninguna estructura propia, tampoco exigen cualquier proceso mental especial, aparte de que requieren los conceptos

---

<sup>77</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 146.

<sup>78</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 147.

<sup>79</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 147.

indeterminados, normativos y de libre apreciación<sup>80</sup>. Su notable ventaja es que, por su gran generalidad, es una técnica legislativa que permite someter adecuada e íntegramente un grupo mayor de situaciones de hecho a una misma consecuencia jurídica, al contrario de la casuística, en que hay el riesgo de dominio de la materia solamente de forma fragmentaria y provisional<sup>81</sup>.

Por otro lado, aparte de sus ventajas, hay que tener en cuenta que específicamente en el área penal, las cláusulas generales son ilegítimas en un Estado de Derecho, porque violan su principio fundamental de estricta legalidad, en la garantía de la taxatividad, a través de la cual se exige que el legislador haga la ley de forma clara y concreta, evitando el abuso de conceptos vagos e indeterminados<sup>82</sup>. Así, se exige que la ley que contemple una conducta delictiva ofrezca un mínimo de concreción y detalle, es decir, que utilice el método casuístico en la tipificación de hechos<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 147.

<sup>81</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 147.

<sup>82</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*, 6ª edición, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2004, p. 113.

<sup>83</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Ed. Bosch, 1992, p. 257. Todavía, sostiene MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1975, p. 95, que, aunque sea aconsejable y necesaria la utilización del método casuístico por el legislador penal, es necesario señalar que con la exigencia de ley estricta no se pretende que el legislador enuncie casuísticamente todos y cada uno de los posibles supuestos subsumibles en la norma. Esta pretensión, en primer lugar, sería una tarea impropia del legislador y, en segundo lugar, resultaría una labor no sólo estéril, sino inabarcable, ante la imposibilidad misma de agotar en la

Ahora bien, resumiendo la clasificación de ENGISCH, es posible concluir que:

a) Los conceptos jurídicos indeterminados son aquellos cuyo contenido y alcance son en gran medida inciertos;

b) los conceptos normativos son, a menudo, indeterminados. Y por conceptos normativos hay que entenderse como aquellos en que siempre se necesita una valoración para poder aplicarlo al caso concreto. Son ejemplos “deshonesta”, motivo “vil”, escrito “inmoral”, a los cuales solamente es posible decirlos sobre la base de una valoración;

c) los conceptos de libre apreciación, en el ámbito del derecho administrativo, como por ejemplo “intereses del transporte público”, constituyen una categoría especial de conceptos indeterminados y normativos;

d) por cláusula general tenemos que entender como “una redacción expresiva de los supuestos de hecho que abarca con gran generalidad un campo de casos”<sup>84</sup>. Un ejemplo sería “quien atentar contra las ‘buenas costumbres’.” É aquella que se contrapone a una elaboración casuística de hipótesis legales y su gran característica

---

descripción típica la extensión con la que los hechos pueden presentarse en la realidad. En el mismo sentido, MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1976, pp. 145 y ss..

<sup>84</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 143.

está en el dominio de la técnica legislativa, opuesta a casuística de ante visión y descripción por el legislador, de la hipótesis fáctica. Con todo, reconoce que ambas no se excluyen, como en los modelos legislativos en que es utilizado el método ejemplificativo, agregado al concepto genérico.

e) La cláusula general tiene una generalidad que las otras especies (conceptos jurídicos indeterminados, normativos y de libre apreciación) habitualmente, no presentan y, gracias a su generalidad, permite someter adecuada e íntegramente un grupo mayor de situaciones de hecho a una misma consecuencia jurídica. Ésta característica revela una gran ventaja de la cláusula general frente a la casuística. Pero ello no significa decir que una cláusula general no pueda configurarse un concepto jurídico indeterminado.

f) En ambas técnicas legislativas, cláusula general y concepto jurídico indeterminado, el legislador ha optado por la vaguedad intencionalmente, dejando al juez la tarea de rellenar el ámbito indeterminado del enunciado, sea cláusula general o concepto jurídico indeterminado. Sin embargo, la diferencia es que, en la cláusula general, más allá de rellenar el término indeterminado, el juez aplica el principio establecido por la misma norma, es decir, presenta la consecuencia jurídica del hecho que es expuesto en conformidad de la cláusula general; ya en los conceptos jurídicos indeterminados, la labor del juez es limitada a rellenar valorativamente el término indeterminado, aplicando la norma jurídica ya explicitada por el legislador.

g) Por ende, la misma expresión vaga puede ser entendida como cláusula general o como concepto jurídico indeterminado. Algunas veces, hasta mismo como principio general del Derecho. Y para saber si es una cosa u otra, será considerada la funcionalidad de que la expresión abierta se reviste dentro del sistema jurídico. Es la hipótesis, por ejemplo, del término “buena fe”<sup>85</sup>.

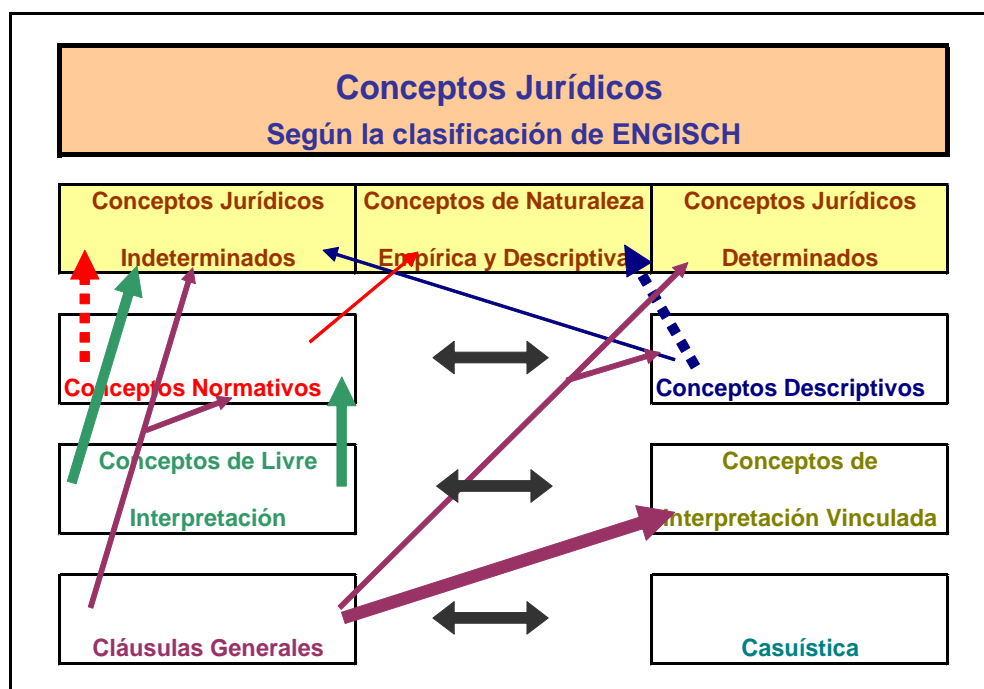
Con fundamento en toda la teoría presentada de la clasificación de los conceptos jurídicos indeterminados propuesta por ENGISCH, elaboramos un cuadro interpretativo que resume los principales rasgos de su planteamiento, facilitando, así su comprensión<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup>Comenta el tema MAZZEI, Rodrigo Reis. “Notas iniciais à leitura no Novo Código Civil” en ALVIN, Arruda, ALVIN, Thereza (Orgs), *Comentários ao código civil brasileiro: parte geral*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005, p. 83-84; En Brasil, buena fe puede ser entendida como principio general, no positivado; como concepto jurídico indeterminado, en la hipótesis de requisito exigido para la usucapión ordinaria (CCB Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos); o como cláusula general, en los contratos (CCB Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé). El mismo término “buena fe” en España, tiene variadas acepciones. Véase el artículo de MORENO GARCÍA, Antonio. “Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Revista española de derecho constitucional*, año 13, n. 38, mayo/agosto 1993, pp. 263-295. El autor examina la recepción que el Tribunal Constitucional Español ha hecho de la buena fe, como concepto jurídico indeterminado y como cláusula general.

<sup>86</sup> Elaboración propia.

## Alternativas para la legitimación del Poder Judicial en la aplicación jurisdiccional de los conceptos jurídicos indeterminados



### LEYENDA

	Mayor Frecuencia
	Menor Frecuencia
	Simultaneidad
	Siempre contenido en este grupo
	Conceptos opuestos

#### **4. Los conceptos jurídicos indeterminados como lagunas del ordenamiento jurídico**

##### **A) Las características del ordenamiento jurídico en la teoría de BOBBIO: unicidad, coherencia e integridad**

De acuerdo con BOBBIO, el conjunto o sistema de las normas constituye el ordenamiento jurídico. Para que sea perfecto, deben estar presentes tres características fundamentales: la unicidad, la coherencia y la integridad<sup>87</sup>.

Por unicidad, se entiende que el ordenamiento jurídico, aunque sea complejo, es decir, constituido por normas advenidas de diversas fuentes, debe ser unitario. Lo que proporciona esa unicidad es el hecho de que las normas están en planos distintos, habiendo jerarquía entre ellas y, por fin, una norma fundamental en la cual reposa la unicidad del ordenamiento jurídico y de la cual derivan todas las fuentes<sup>88</sup>.

Debe, todavía, el ordenamiento jurídico ser coherente: allá de la unicidad, hay que presentarse como un sistema, una totalidad ordenada, un “conjunto de entes, de entre los cuales existe un cierto

---

<sup>87</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*, Madrid, Ed. Debate, 1996, traducción al castellano de ROZO ACUÑA, Eduardo, pp. 153-164.

<sup>88</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría...*, *cit.*, pp. 165-187. Para explicar esa unicidad en un ordenamiento complejo, BOBBIO recurre a la teoría de la elaboración gradual del ordenamiento jurídico, propuesta por Kelsen.



orden”<sup>89</sup>. Y, para que sea posible la existencia de éste sistema, las normas han de estar en relación de coherencia entre sí, sin que existan antinomias<sup>90</sup>.

Finalmente, la tercera característica del ordenamiento jurídico es la integridad que, según BOBBIO<sup>91</sup>, es:

“la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso. Dado que la ausencia de una norma se le denomina generalmente ‘laguna’ (en uno de los sentidos del término ‘laguna’), integridad significa ausencia de lagunas.”

La integridad del ordenamiento jurídico es una necesidad, porque sin ella no se puede concebir el funcionamiento del sistema en su complejidad<sup>92</sup>. Esto es así en función de las dos reglas básicas que rigen la mayoría de los ordenamientos jurídicos: la de que el juez

---

<sup>89</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría..., cit.*, p. 189.

<sup>90</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría..., cit.*, pp. 189-219. Todavía, BOBBIO sustenta que la presencia de antinomias es un defecto que el intérprete tiende a eliminar. Así, presenta criterios para la solución de antinomias del ordenamiento jurídico (criterio cronológico, jerárquico y de la especialidad), con la finalidad de eliminarlas y tejerse, así, un sistema, formado por normas coherentes entre sí (pp. 203-209).

<sup>91</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría..., cit.*, p. 221. Importante subrayar la diferencia apuntada por éste autor entre la coherencia y la integridad: “la coherencia significa exclusión de toda situación en que dos normas que se contradicen pertenezcan al sistema; la integridad significa exclusión de toda situación en la cual no pertenezca al sistema ninguna de las dos normas que se contradicen. Entonces, llamaremos ‘incoherente’ a un sistema en el que existan *tanto* normas que no permitan un cierto comportamiento *como* aquellas que lo permiten; e ‘incompleto’ a un sistema en el que no exista *ni* la norma que prohíbe un determinado comportamiento *ni* la norma que lo permite.” (p. 222).

<sup>92</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría..., cit.*, p. 223.

está obligado a juzgar todas las controversias que se le presenten a examen; y la de que está obligado a juzgarlas con base en una norma que pertenezca al sistema<sup>93</sup>.

Sin embargo, como veremos, estas son más características ideales que reales de los ordenamientos jurídicos, ya que actualmente es cada vez más común la presencia de antinomias y lagunas. La complejidad de los ordenamientos jurídicos conlleva, inexorablemente, a imperfecciones. Según ITURRALDE SESMA<sup>94</sup>:

“La completitud, junto al a coherencia, la independencia y la claridad semántico-sintáctica, se ha considerado una de las exigencias básicas del derecho en cuanto que éste debe adecuarse a ciertas pautas de racionalidad interna. Sin embargo, no son pocas las voces que nos advierten contra las distintas imperfecciones lógicas de los textos legales. Ningún jurista puede negar a estas alturas del análisis lógico de los textos jurídicos que las distintas imperfecciones lógicas de los repetidos textos, que los hacen, en mayor o menor medida, inciertos o ineficaces se hallan presentes en todos los Códigos del mundo y cada vez son detectadas con mayor precisión.”

Afirma FERRAJOLI que la integridad, o también denominada plenitud, así como la coherencia, pueden ser afirmadas lógicamente a nivel de teoría, o sea, del derecho positivo, y pueden ser violadas por la indebida comisión u omisión. El positivismo jurídico acaba por

---

<sup>93</sup> El ordenamiento jurídico español es regido por éstas dos reglas, que vienen dispuestas en el art. 1.7 del CCE: “Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, atendiéndose al sistema de fuentes establecido”.

<sup>94</sup> ITURRALDE SESMA, Victoria. “Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas”, en *Anuario de filosofía del derecho*, n. 5, 1988, p. 349:

“pagar un precio” a la certeza del derecho, que es justamente la posible incoherencia del derecho y su posible falta de plenitud. Pero, al final, es un precio necesario, “dado que sobre el mismo se funda el entero edificio del garantismo y del estado de derecho.”<sup>95</sup>

## B) La cuestión de las lagunas según FERRAJOLI

En su obra *Derecho y razón*, FERRAJOLI señala que la coherencia y la plenitud del ordenamiento jurídico se caracterizan como ideales-límite del derecho válido y deben ser consideradas como una aspiración de los ordenamientos jurídicos, ya que no reflejan, en realidad, el “ser”, pero sí el “deber ser” de las normas<sup>96</sup>:

“[...] se configuran en efecto, en el estado de derecho, no como propiedades del derecho *vigente* sino como ideales-límite del derecho *válido* que no reflejan el ‘ser’ efectivo SINO sólo el ‘deber ser’ de las normas con respecto a sus normas superiores.[...] La tarea del jurista, en una perspectiva positivista de tipo crítico, no es, pues, sistematizar y reelaborar las normas del ordenamiento para presentarlas con una coherencia y una plenitud que efectivamente no tienen, sino, por el contrario, explicitar la incoherencia y la falta de plenitud mediante juicios de invalidez sobre las inferiores y correlativamente ineffectividad sobre las superiores.”

En su más reciente obra, *Principia Iuris*, FERRAJOLI, cuando trata del tema, destaca, una vez más, que unidad, coherencia y plenitud no son características, sino requisitos de los sistemas jurídicos. Ello porque no describen su “ser”, sino que enuncian su

---

<sup>95</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*... cit, vol. 1, pp. 653-654.

<sup>96</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 4ª edición, Madrid, Ed. Trotta, 2000, traducción al castellano por PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ y otros, p. 876-880

“deber ser”; no son tesis descriptivas, sino principios normativos, externos al derecho, no internos. Pertenecen a la teoría, no al derecho<sup>97</sup>.

Para explicar la cuestión de las antinomias y de las lagunas, el autor distingue entre sistemas de un solo nivel normativo o sistemas nomoestáticos y sistemas de varios niveles normativos o sistemas nomodinámicos<sup>98</sup>. Los primeros dan lugar a lo que llama el Estado legislativo de Derecho, mientras los segundos al Estado constitucional<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, traducción al castellano de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, BAYÓN, Carlos, GASCÓN, Marina, PRIETO SANCHÍS, Luis y RUIZ MIGUEL, Alfonso, vol. 1, p. 421.

<sup>98</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...* cit, vol. 1, pp. 109-118. El autor define como nomoestáticos “los sistemas de derecho jurisprudencial no codificado – desde el derecho romano al derecho común premoderno – cuyos fundamentos de validez residen no en la *auctoritas* de un legislador, sino en la *veritas*, es decir, en la intrínseca justicia o racionalidad alcanzada de manera inmediata, a través de la razón y el conocimiento, por los jueces y los juristas” (p. 110). Ya los sistemas nomodinámicos serían “todos los sistemas deónticos de tipo *positivo* o artificial en los que la existencia de una modalidad normativa, esto es, de una norma, depende (...) del hecho de que haya sido puesta por una *auctoritas*”.(p. 111).

<sup>99</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...* cit, vol. 1, pp. 461-462. Los conceptos adoptados por FERRAJOLI de Estado legislativo de derecho y de Estado constitucional: “En la experiencia de la Europa continental el estado de derecho en sentido lato o débil ha asumido las formas de lo que llamaré ‘*estado legislativo de derecho*’, fruto de la que podemos considerar la primera revolución jurídica moderna: la afirmación del monopolio estatal de la producción legislativa, expresado por las *codificaciones*, y la consiguiente *legitimación formal* de la

Según FERRAJOLI, las lagunas, así como las antinomias, solamente pueden existir en los sistemas nomodinámicos, es decir, en los Estados Constitucionales, porque presentan más de un nivel normativo. En los sistemas nomoestáticos, de un solo nivel, las normas son intemporales, del mismo rango o nivel y deducibles entre sí y no presentarían, por ello, lagunas o antinomias<sup>100</sup>.

Ésta conclusión del autor italiano fue criticada por algunos<sup>101</sup>, pues considerar la inexistencia de lagunas y antinomias en los

---

eficacia de los actos preceptivos, cualesquiera que sean los efectos producidos, en función (*solamente*) de la *forma* legal de las normas que los prevén. El estado de derecho en sentido estricto o fuerte se ha afirmado en cambio como '*estado constitucional de derecho*' gracias a la que podemos considerar la segunda revolución jurídica moderna: la sujeción de toda la producción del derecho a principios normativos, como los derechos fundamentales y el resto de principios axiológicos sancionados por *constituciones* rígidas, y la consiguiente *legitimación sustancial* de la eficacia de todos los actos de poder, incluidos los legislativos, en función (también), de los contenidos o significados que expresan." (pp. 461-462)

<sup>100</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*... cit, vol. 1, pp. 110-111. En realidad, el autor, incluso, sostiene que "(...) en u sistema nomodinámico la posible existencia de antinomias y de lagunas resulta de hecho inevitable". (p. 644).

<sup>101</sup> Como es el caso de BULYGIN, Eugenio. "Algunas reflexiones sobre lagunas y antinomias en *principia iuris*", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, 2008, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com>, fecha 25/05/2015, 13:01, pp. 227-232 y también de MORESO, Juan José. "Ferrajoli o el constitucionalismo optimista", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, 2008, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com>, fecha 25/05/2015, 13:32, pp. 227-232, pp. 279-288.

sistemas de sólo un nivel normativo podría implicar que estos sistemas serían siempre completos y consistentes.

Sin embargo, lo que ocurre es que FERRAJOLI, en realidad, no niega la existencia de “lagunas” o “antinomias” en los sistemas de un solo nivel. Lo que hace es redefinir el propio concepto de lagunas y antinomias, y, a partir de esta nueva noción es que no sería posible su existencia en aquellos sistemas<sup>102</sup>.

Para FERRAJOLI el término laguna es utilizado de manera más restringido, solamente para designar violaciones de reglas de rango superior: “*Laguna es el vicio producido por la indebida omisión de la adopción de una norma requerida por una norma sobre la producción, cuya aplicación supone la introducción de la norma ausente*”.<sup>103</sup>

Admite, sin embargo, que se puede llamar laguna, pero en “sentido débil”, también a estas imperfecciones que representen “cualquier ausencia de normas, aun cuando sea susceptible de solución por el intérprete mediante el recurso a la analogía o a los principios generales del derecho”<sup>104</sup>.

Así, no basta una mera ausencia de una solución para un caso para existir una laguna; en estas hipótesis, el problema se

---

<sup>102</sup> Como destaca BULYGIN, Eugenio. “Algunas reflexiones sobre lagunas y antinomias en *principia iuris*”... cit, p. 229.

<sup>103</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*... cit, vol. 1, p. 646.

<sup>104</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*... cit, vol. 1, p. 648.

resuelve con el recurso a la analogía o a los principios generales y por ello no representan de modo alguno un vicio, pues no aparece ninguna indebida omisión o inobservancia de normas superiores<sup>105</sup>.

Una verdadera laguna, según FERRAJOLI, solamente existe si el problema de aplicación generado resultar imposible de resolver para el intérprete en el marco del derecho vigente. Denomina de “lagunas en sentido fuerte”, en “sentido estricto” o en “sentido estructural”.<sup>106</sup>

Estas sí consistirían en verdaderos “vicios consistentes en la inobservancia, (...), por omisión, de las normas sobre la producción, de grado por tanto supraordenado al nivel normativo al que se refieren.”<sup>107</sup> Además, su remoción solamente cabrá al legislador.

En artículo específico, el autor italiano resume su concepción de lagunas, explicando de la siguiente forma:<sup>108</sup>

“Uso “antinomia” y “laguna” en un sentido más restringido que el de su uso corriente. Con estos términos, que se han revelado centrales en la teoría de la democracia constitucional, designo

---

<sup>105</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...* cit, vol. 1, p. 649. Sigue el autor, discurriendo sobre las lagunas: “(...) en fin, los principios que admiten el recurso a la analogía o a los principios generales no son sino normas sobre la interpretación del significado de los actos preceptivos.” (p. 649)

<sup>106</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...* cit, vol. 1, p. 648.

<sup>107</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...* cit, vol. 1, p. 649.

<sup>108</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Para una refundación epistemológica de la teoría del derecho”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez: un panorama de la filosofía jurídica y política*. Granada, Ed. Universidad de Granada, 2010, n. 44, p. 427.

solamente las antinomias y las lagunas relevantes respecto de normas de rango superior y, por tanto, configurables —de modo diferente a las antinomias y las lagunas entre normas del mismo nivel, resueltas por el intérprete con el recurso, en el primer caso, al criterio cronológico y al de especialidad y, en el segundo, con el recurso a la analogía— como “violaciones” de las normas de nivel superior: esto es, como “vicios” del ordenamiento, no solubles por el intérprete, que comportan la no aplicabilidad, si esos vicios no se superan, de la norma de nivel superior respecto de la cual son predicables, en el primer caso, por la presencia y la aplicación de una norma de grado inferior que choca con ella y que requiere ser expulsada, y, en el segundo, por la ausencia y la no aplicabilidad de sus normas de actuación que requieren ser introducidas. Sobre estos tipos de “antinomia” y de “laguna”, que he llamado “estructurales”, en oposición a las antinomias y las lagunas “aparentes” en cuanto solubles por el intérprete”

Por lo tanto, es posible concluir que el principal efecto de la clasificación de las lagunas hecha por FERRAJOLI es que las lagunas aparentes son resueltas por el intérprete, con la aplicación de criterios de la analogía o de los principios generales del derecho. Ya las lagunas reales, por otro lado, generadas por los desniveles normativos, son verdaderos vicios, y se impone su remoción por el legislador, como condición de aplicación de la norma<sup>109</sup>.

### **C) Lagunas: la cuestión de su existencia en el ordenamiento jurídico**

La integridad, característica ideal de los ordenamientos jurídicos, presupone la no existencia de lagunas. Sin embargo, la integridad es, en verdad, más un ideal que una realidad, porque los

---

<sup>109</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...* cit, vol. 1, p. 650.



ordenamientos jurídicos presentan lagunas, y es inevitable que así sea<sup>110</sup>.

Hay varias acepciones del término laguna. Se puede entender por laguna el silencio de la ley respecto de determinado tema, el vacío de la legislación<sup>111</sup>. LARENZ equipara la laguna al silencio de la ley, y la relaciona a una “incompletez”<sup>112</sup>.

Para ENGISCH<sup>113</sup>, lagunas son

“insuficiencias del derecho positivo (del derecho legal o consuetudinario) que percibimos como ausencia de regulación jurídica para determinadas situaciones objetivas en que cabía esperarla y cuya eliminación exige y permite una decisión judicial que complemente el derecho. Las lagunas aparecen allí donde ni la ley ni el derecho consuetudinario proporcionan una respuesta inmediata a la cuestión jurídica.”

---

<sup>110</sup> Señala GUASTINI, Riccardo. “Legislación y jurisdicción en la teoría del derecho”, en *La crisis del derecho y sus alternativas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, p. 277: “En la teoría jurídica contemporánea, el dogma de la plenitud ha quedado de todo desacreditado. De hecho, todo ordenamiento jurídico presenta lagunas. Y, naturalmente, una controversia que no esté prevista en norma alguna no puede ser resuelta por la aplicación de una norma preexistente. Las lagunas requieren la creación del derecho jurisprudencial”.

<sup>111</sup> BADANES GASSET, Ramón. *Metodología...*, cit., p. 300.

<sup>112</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 364. Explicando la razón del término laguna hacer referencia a una incompletez, LARENZ sostiene que sólo es posible considerar ‘lagunas’ de una ley cuando se tiene como referencia y se aspira a una regulación completa para un sector determinado. Apunta, aún, el autor, que tal anhelo de una regulación completa de todo el Derecho es herencia de la época de la codificación (siglos XVIII y XIX).

<sup>113</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 164.

Por otro lado, BOBBIO<sup>114</sup>, tras hacer un análisis y rechazar las teorías que sostienen la inexistencia de lagunas, llega a otro concepto. Veamos.

Hay dos teorías que intentan justificar que las lagunas, en realidad, no existen en los ordenamientos jurídicos: la del espacio jurídico vacío y la de la norma general excluyente.

La primera teoría, del espacio jurídico vacío, sostiene que, dónde no hay ordenamiento jurídico, falta el mismo derecho y, por consiguiente, se debe hablar más precisamente en límites del ordenamiento jurídico antes que de lagunas<sup>115</sup>. Así, lo que no está regulado expresamente por el derecho es indiferente, no es jurídico.

Sin embargo, el problema de las lagunas subsiste, aunque en el plano extrajurídico<sup>116</sup>. Por tanto, tal teoría no ofrece argumentos

---

<sup>114</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría...*, cit., pp. 233-238.

<sup>115</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría...*, cit., pp. 229-233. También en POOLE DERQUI, Diego, *El derecho de los juristas y sus implicaciones: un diálogo con Lombardi Vallauri*, Madrid, Ed. Dykinson, 1998, pp. 61-62.

<sup>116</sup> POOLE DERQUI, Diego, *El derecho...*, cit., p. 61-62, al rechazar ésta teoría, plantea el siguiente ejemplo: "La solución es tan poco práctica y tan absurda como si un médico dijera al enfermo que, por presentar síntomas no catalogados como enfermedad, no puede atenderle, o, peor todavía, que su enfermedad es irrelevante porque no está 'tipificada' en los libros de medicina, y que, por tanto, su problema es ajeno a la ciencia médica. Así, la medicina sólo abarcaría lo que ella misma 'decida' abarcar." (p. 62).

capaces de justificar la no existencia de lagunas en los ordenamientos jurídicos.

La segunda teoría, de la norma general excluyente, proclama, en resumen, que todo que no está contemplado en la ley, está permitido. Al contrario de la teoría del espacio jurídico vacío, por la que, dónde falta el ordenamiento jurídico, falta el propio derecho, la teoría de la norma general excluyente afirma que no hay lagunas justamente por la razón inversa: por el hecho de que el derecho nunca falta<sup>117</sup>. Así, por esta teoría, en la base de toda norma particular que sanciona o atribuye cualquier otra consecuencia jurídica, está sobreentendida e implícita una norma fundamental, fundamental y negativa, según la cual, prescindiendo los casos particulares previstos por la norma positiva, todas las otras acciones están exentas de pena o de otra consecuencia jurídica, puesto que la norma positiva es una excepción a la norma fundamental, general y negativa<sup>118</sup>.

Desde ahora, rechazamos la citada teoría por variados argumentos.

La ley se ocupa de todos los conflictos más frecuentes, pero es imposible que regule todos los posibles. Por este mismo motivo la legislación civil, cuando falta una norma que regule un caso concreto, remite a la costumbre, a los principios generales del derecho, a la

---

<sup>117</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría...*, cit., pp. 233-238. También en POOLE DERQUI, Diego, *El derecho...*, cit., pp. 62-63.

<sup>118</sup> ZITELMANN, E., citado por BOBBIO, Norberto. *Teoría...*, cit., pp. 234.

jurisprudencia (advirtiéndose su función complementaria del ordenamiento jurídico) y a la analogía<sup>119</sup>.

Otra razón de rechazo de la teoría de la norma general excluyente es que, si se protege toda conducta no prohibida

---

<sup>119</sup> El CCE, Capítulo Primero, dispone:

“Art.1. 1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.

4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial de Estado.

6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

7. Los jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, atendiéndose al sistema de fuentes establecido.”

“Art. 4. 1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.

2. Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente.

3. Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes.”

expresamente por la ley, lo que prevalecería sería la “ley del más rápido”, que, tarde o temprano, desembocaría en la ley de la selva<sup>120</sup>.

Finalmente y constituyendo el principal argumento en contra de la teoría de la norma general excluyente, está el hecho de que el ordenamiento jurídico no es formado únicamente por normas particulares inclusivas y una norma general exclusiva que las acompañe, sino también por un tercer tipo de norma: la norma general inclusiva, que no es nada más que el juez recurriendo a la analogía<sup>121</sup>.

Ahora bien, después del breve análisis y rechazo de las dos teorías que sostienen la inexistencia de lagunas, se llega al concepto de laguna extraído de BOBBIO. Más allá del simple silencio de la ley o de una “incompletez” del ordenamiento jurídico,

“La laguna se presenta no ya por la ausencia de una norma expresa para reglamentar un determinado caso, sino por la *ausencia de un criterio para elegir cuál de las dos reglas generales, la exclusiva o la inclusiva, debe ser aplicada*. En cierto sentido vamos más allá de la teoría de la norma general exclusiva porque admitimos que en el caso del comportamiento no regulado expresamente no sólo hay una solución jurídica, sino que más bien hay dos”<sup>122</sup>.

Basándose en el concepto de laguna citado, constatamos, por lo tanto, que hay dos soluciones jurídicas posibles y falta un criterio para cual de ellas se debe aplicar al caso concreto, donde se extrae

---

<sup>120</sup> POOLE DERQUI, Diego, *El derecho...*, cit., pp. 62.

<sup>121</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría...*, cit., p. 235-236.

<sup>122</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría...*, cit., pp. 236-237.

la siguiente conclusión: el ordenamiento jurídico, sí, puede ser incompleto, es decir, contener lagunas.

La ausencia en absoluto de lagunas es inconcebible, porque, de manera mucho más acelerada que el derecho, la sociedad evoluciona y se presentan casos de la vida hasta entonces inéditos. Así, estos hechos en incesante renovación se quedan al margen del ordenamiento jurídico, no por voluntad del legislador, configurando lo que LOMBARDI VALLAURI denomina de lagunas jurídicas<sup>123</sup>.

También, allá de los cambios que ocurren en la sociedad, hay cuestiones que el legislador simplemente se exime de tratar, voluntariamente, por considerar que no tienen trascendencia jurídica, lo que produce, según denominación del mismo autor, las denominadas lagunas políticas<sup>124</sup>.

Conforme lo ya señalado, las lagunas son entendidas como el silencio de la ley respecto de determinado tema, la ausencia de criterios válidos para decidir qué norma debe aplicarse. Sin embargo, desde otro ángulo, las lagunas pueden ser concebidas como:

---

<sup>123</sup> El pensamiento del LOMBARDI VALLAURI analizado en: POOLE DERQUI, Diego, *El derecho...*, cit., p. 61.

<sup>124</sup> POOLE DERQUI, Diego, *El derecho...*, cit., p. 61. Importante destacar que tal clasificación de las lagunas en jurídicas y políticas es más una agrupación didáctica, que poca importancia acaba teniendo en la realidad. Ello porque establecer si la existencia de una laguna es o no es fruto de la voluntad del legislador es una tarea muy difícil. Además, concebir ésta clasificación es admitir que el sistema es cerrado y plano.

“la ausencia no ya de una solución cualquiera que ésta sea, sino de una *solución satisfactoria* o, en otras palabras, no ya de ausencia de una norma, sino la falta de una *norma justa*, o sea, de aquella norma que se desearía que existiese y que no existe”<sup>125</sup>.

Éstas son las denominadas lagunas ideológicas, y se distinguen de las ya tratadas lagunas reales porque derivan de la confrontación del ordenamiento jurídico existente con lo que debería existir (ordenamiento jurídico ideal), y no de la simple consideración del ordenamiento jurídico tal como es.

Si ya quedó comprobada la existencia de las lagunas reales, con más razón se justifica la existencia de las ideológicas. El problema del ordenamiento jurídico ideal es una constante, y la solución satisfactoria o la norma justa es el fin último del Derecho.

FERRAJOLI tampoco niega la existencia de lagunas, mismo en los sistemas que denomina de un solo nivel normativo (aunque las denomine de lagunas aparentes o en sentido débil). Pero sostiene que las lagunas verdaderas, o estructurales, solamente son observables en los sistemas nomodinámicos, de varios niveles normativos<sup>126</sup>.

La diferencia de su propuesta es justamente en el momento de eliminar la laguna: mientras las lagunas aparentes son resueltas por el intérprete, con la aplicación de criterios de la analogía o de los principios generales del derecho, las estructurales o reales son

---

<sup>125</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría...*, cit., p. 238.

<sup>126</sup> Conforme ya analizado en tópico específico. Véase 3.B.

eliminables solamente por el legislador, como condición de aplicación de la norma<sup>127</sup>.

#### **D) Clasificación de las lagunas**

Las lagunas pueden ser clasificadas tomando como base diversas referencias.

Para BOBBIO<sup>128</sup>, la primera distinción que se hace es con relación a las lagunas reales e ideológicas, ya brevemente comentadas. Las lagunas reales son equivalentes a las propias, y es una laguna del sistema o dentro del sistema; en cuanto a las ideológicas, corresponden a las impropias y derivan de la comparación del sistema real con el ideal.

Siguiendo la clasificación del mismo autor, las lagunas, aún, pueden ser subjetivas u objetivas, respecto a los motivos que las originan<sup>129</sup>. Serán subjetivas si dependen del legislador, y objetivas si

---

<sup>127</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...* cit, vol. 1, p. 650. Señala el autor, ofreciendo el siguiente ejemplo: “Pero es también lo que sucede en todos los casos de lagunas consiguientes a la inobservancia por omisión de una norma constitucional – por ejemplo, la no introducción de una norma que prohíba o castigue la lesión de un derecho de rango constitucional, como la libertad personal o el derecho a la salud e incluso el derecho a la vida: también en este caso es la norma constitucional la que resulta inaplicada hasta que la laguna no venga colmada con la introducción de las normas de garantía indebidamente ausentes” (p. 650)

<sup>128</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría...*, cit., pp. 240-242.

<sup>129</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría...*, cit., pp. 240-242.



son independientes de la voluntad del legislador, pero vinculadas al desarrollo de las relaciones sociales, de las nuevas invenciones, de las causas que provocan el envejecimiento de los textos legislativos.

Las subjetivas pueden, todavía, ser voluntarias o involuntarias. Serán lagunas involuntarias las que son dependientes de cualquier inadvertencia del legislador que acredita regular un caso que no lo está, o descuida un caso que imagina poco frecuente. Las voluntarias, por el contrario, son aquellas que el propio legislador tiene conciencia de su existencia, es dejada a propósito, porque la materia es muy compleja y no puede ser regulada con reglas minuciosas, para no correr el riesgo de dejar al margen algún comportamiento relevante. Así, en las lagunas voluntarias, el legislador cree que es mejor dejar éste trabajo a la interpretación del juez, que lo hará analizando cada caso específicamente<sup>130</sup>.

Son ejemplos de lagunas voluntarias las denominadas directivas, siendo común su presencia en los textos constitucionales. Se caracterizan por trazar sólo las líneas generales de las acciones que deben ser cumplidas, pero deja a los particulares (el legislador ordinario, por ejemplo, cuando se trata de norma constitucional) la ejecución o aplicación. Son lagunas voluntarias porque el legislador no desconocía que se tratara de una laguna, por lo contrario, la hizo con la finalidad de que fuera integrada por quien tuviera competencia<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría..., cit.*, p. 241.

<sup>131</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría..., cit.*, p. 241.

Importante la observación de BOBBIO respecto de las lagunas voluntarias, dice el autor que: si se considera el concepto de laguna, se concluye que las voluntarias no pueden ser consideradas lagunas verdaderas o propias. Esto porque, en el caso de las lagunas propias, se presume que el intérprete debe decidir de acuerdo con una norma dada del sistema, y ésta norma no existe, porque el sistema no ofrece la solución debida. Ahora bien, en la hipótesis de las lagunas voluntarias, cuando actúa el poder creativo de quienes deben aplicar las normas del sistema, el sistema es siempre, en sentido propio, completo, “porque en toda circunstancia se puede completar, y entonces el problema de la integridad o no integridad siquiera se plantea.”<sup>132</sup>.

Finalmente, hace BOBBIO una última clasificación: lagunas *praeter legem* y lagunas *intra legem*. Las primeras se presentan cuando una norma es demasiado minuciosa, abarcando situaciones muy particulares, dejando, así, fuera algunos casos que pueden presentarse en el ámbito de la particularidad. Ya las *intra legem* son justamente el contrario: se presentan cuando una norma es demasiado general, revelando verdaderos vacíos o agujeros en el interior de sus disposiciones, que deben ser llenados por el intérprete<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría...*, cit., p. 241.

<sup>133</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría...*, cit., p. 242. La forma que se presentan la mayoría de las lagunas voluntarias es la *intra legem*.

LOMBARDI VALLAURI presenta otra clasificación pero que, al final se constata, aunque con otras denominaciones, que se identifican en gran parte con la ya exhibida clasificación de BOBBIO.

Básicamente, citado autor diferencia entre lagunas estáticas y dinámicas. Las estáticas son las deficiencias del texto legal contemplado en sí mismo, y que el legislador puede prever. Por otro lado, las dinámicas son aquellas que derivan del cambio de las circunstancias sociales y su exigencia de regulación es, por lo tanto, novedosa estando, así, en la esfera en que el legislador no puede prever<sup>134</sup>. Si es comparada con la clasificación de BOBBIO, las denominadas lagunas estáticas equivalen a las subjetivas, porque derivan de cualquier motivo imputable al legislador. Las dinámicas corresponden a las objetivas, ya que dependen del desarrollo de las relaciones sociales.

Dentro de las estáticas de LOMBARDI VALLAURI es posible identificar dos tipos: las lagunas estáticas por defecto y las estáticas por contradicción.

Se dan las lagunas estáticas por defecto cuando no hay norma aplicable al caso concreto, ya sea porque no hay norma en absoluto, ya sea porque la norma aplicable es indeterminada o en sí misma incompleta<sup>135</sup>. Las lagunas estáticas por defecto, se asemejan a las voluntarias *intra legem* de la clasificación de BOBBIO, ya que

---

<sup>134</sup> POOLE DERQUI, Diego, *El derecho...*, cit., pp. 63-64.

<sup>135</sup> POOLE DERQUI, Diego, *El derecho...*, cit., p. 64.

cabe al intérprete la tarea de completarla al aplicar la norma al caso específico.

Las lagunas estáticas por contradicción se dan en dos niveles: en el primero, se trata de las clásicas antinomias, en el segundo, de las contradicciones que pueden surgir al interpretar con distintos criterios las normas que gramaticalmente se contradicen<sup>136</sup>.

La clasificación de LARENZ presenta algunas diferencias. Dentro de su sistematización, la primera distinción que debe ser considerada es la existente entre las lagunas de la ley (o legales) y las lagunas del Derecho<sup>137</sup>.

Las lagunas de la ley son observadas cuando se echa de menos una regla relacionada a una cuestión que no ha sido dejada al espacio libre del Derecho, en una ley particular o en una codificación completa<sup>138</sup>.

Al contrario de las lagunas de la ley, las lagunas del Derecho se refieren a una incompletez en “el orden jurídico en conjunto, en cuanto deja sin regular legalmente todo un sector que precisa una regulación o no contiene un instituto jurídico que debía contener”<sup>139</sup>. Destaca, por otro lado, que no será entendida como una laguna del

---

<sup>136</sup> POOLE DERQUI, Diego, *El derecho...*, cit., p. 68.

<sup>137</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., pp. 368 y ss..

<sup>138</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., pp. 364-365.

<sup>139</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 368.

Derecho cuando la falta de un instituto se refiere a una decisión consiente del legislador<sup>140</sup>.

Dentro de las lagunas legales, podemos identificar las lagunas normativas y las lagunas de la regulación<sup>141</sup>.

Las lagunas normativas ocurren cuando una norma particular es incompleta, es decir, cuando “una norma legal no puede ser aplicada en absoluto sin que le añada una nueva disposición que se echaba de menos en la ley”<sup>142</sup>. Sostiene el autor que las lagunas normativas pueden ser evitadas siempre que la ley esté cuidadosamente elaborada<sup>143</sup>.

Las lagunas de la regulación, por otro lado, no se refieren a una norma particular incompleta, sino que a una determinada regulación en conjunto incompleta, de manera que no existe ninguna regla para una cierta cuestión que, según la intención reguladora

---

<sup>140</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 368.

<sup>141</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 363 y ss..

<sup>142</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 365.

<sup>143</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 365: para explicar las lagunas normativas LARENZ menciona el ejemplo del párrafo 904, inciso II del BGB, que dispone que el propietario que no puede prohibir una acción en su propiedad según el 904 inciso I, puede exigir indemnización por el daño a él causado, pero no dice de quién puede exigir la indemnización (si el que actúa no es lo mismo en cuyo beneficio resulta la acción, entrarían en consideración, como obligados a la indemnización, ambos). Por tanto, la norma no puede ser aplicada sin que se conteste a la pregunta planteada en ella acerca de quién está obligado a la indemnización.

subyacente, necesita una regulación<sup>144</sup>. En estos casos, el juez necesita colmar la laguna de la regulación legal, en consonancia con la intención reguladora a ella subyacente y con la teleología de la ley<sup>145</sup>.

Además de las lagunas normativas y de la regulación, afirma LARENZ que las lagunas legales pueden ser manifiestas u ocultas<sup>146</sup>.

Serán lagunas legales manifiestas cuando “la ley no contiene regla alguna para un determinado grupo de casos, que les fuera aplicable”<sup>147</sup>. A su vez, tendremos una laguna legal oculta siempre que “la ley contiene, por cierto, una regla aplicable también a todos los casos de esta clase, pero que, según su sentido y fin, no se ajusta a este determinado grupo de casos, porque no presta atención a su especialidad, relevante en orden a la valoración”<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 365.

<sup>145</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., pp. 365-366: nuevamente aclara la definición a través de un ejemplo: el incumplimiento positivo del crédito. La intención reguladora del Código civil alemán es hacer una regulación completa de las cuestiones que pueden surgir en la realización de una relación obligatoria por el hecho de que el deudor no se comporta al respecto como debería comportarse. Sin embargo, el Código prevé solamente los casos de causación culpable de la imposibilidad de la prestación y la mora, dejando al margen el caso del incumplimiento defectuoso de la prestación.

<sup>146</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 370.

<sup>147</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 370.

<sup>148</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 370. Nuevamente el autor menciona el ejemplo del incumplimiento positivo del crédito, pero ahora para definir las lagunas ocultas.

Todavía, en relación con el factor tiempo, LARENZ distingue lagunas iniciales y posteriores<sup>149</sup>. Dentro de las lagunas iniciales, existen aquellas que eran conocidas por el legislador y aquellas de las que no tuvo conocimiento.

Se identifica una laguna conocida por el legislador cuando éste ha dejado una cuestión sin resolver, confiando su solución a la jurisprudencia judicial y a la Ciencia<sup>150</sup>. Esta especie de laguna es equiparable a las lagunas subjetivas voluntarias de BOBBIO, y a las estáticas por defecto de LOMBARDI VALLARURI.

Ya las no conocidas por el legislador son observadas cuando ha pasado por alto una cuestión que, según su intención fundamental, precisaba ser regulada, o ha pensado equivocadamente que ya estaba regulada por él<sup>151</sup>.

Las lagunas posteriores pueden surgir en razón de que surgen nuevas cuestiones, como consecuencia de la evolución técnica o económica, y que a partir de entonces necesitan regulación, pero que el legislador todavía no lo ha visto<sup>152</sup>. Las lagunas posteriores de LARENZ son asemejadas a las objetivas de BOBBIO, así como a las dinámicas de LOMBARDI VALLAURI, pues derivan del cambio de las circunstancias sociales y su exigencia de regulación es, por lo tanto,

---

<sup>149</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 372.

<sup>150</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 372.

<sup>151</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 372.

<sup>152</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 372.

novedosa estando, así, en la esfera en que el legislador no puede prever.

Todavía, como ya analizamos en apartado propio, FERRAJOLI también hace su propia clasificación de las lagunas, identificando las lagunas aparentes o en sentido débil y las lagunas verdaderas o estructurales<sup>153</sup>.

Las primeras serían aquellas que pueden ser resueltas por el intérprete, por la aplicación de la analogía o de los principios generales, mientras que las segundas solamente pueden ser eliminadas por el legislador.

Un punto importante de la teoría de las lagunas de FERRAJOLI es que solamente existen las lagunas verdaderas o estructurales en un sistema de más de un nivel normativo, en los llamados Estados Constitucionales, porque surgirían cuando hay una “indebida omisión de la adopción de una norma requerida por una norma sobre la producción, cuya aplicación supone la introducción de la norma ausente.”<sup>154</sup>

#### **E) Los conceptos jurídicos indeterminados: ¿pueden ser considerados lagunas del ordenamiento jurídico?**

---

<sup>153</sup> Conforme ya analizado en tópico específico. Véase 3.B.

<sup>154</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...* cit, vol. 1, p. 646.



Tras la exposición sobre las lagunas y algunas de sus clasificaciones, llegamos a un dilema, que se constituye en si es posible calificar los conceptos jurídicos indeterminados como lagunas del ordenamiento jurídico.

Si tomamos como parámetro las clasificaciones presentadas, es posible concluir que, en un primer momento, son los conceptos jurídicos indeterminados lagunas, pero todo dependerá del concepto de laguna que se adopta.

Es posible ubicarlos en la siguiente agrupación: respecto al motivo que las originan, son lagunas subjetivas voluntarias, es decir, dependen de la voluntad del legislador, que, conscientemente, confía la interpretación al juez, que la realizará en cada caso específico.

Son los conceptos jurídicos indeterminados, todavía, si tomamos como parámetro la clasificación de LOMBARDI VALLAURI, lagunas estáticas, porque el legislador pudo preverlas en el momento de redactar la ley.

Además, pueden ser ubicados en la clasificación de lagunas *intra legem* de BOBBIO, porque son normas generales, conteniendo vacíos que serán completados por el juez en cada caso específico. Por la misma razón, son clasificados también como lagunas estáticas por defecto<sup>155</sup>.

---

<sup>155</sup> POOLE DERQUI, Diego, *El derecho...*, cit., p. 64. El autor, cuando trata de las lagunas estáticas por defecto, incluso, cita expresamente los conceptos jurídicos indeterminados como integrantes de tal clasificación: "Estas lagunas por defecto

Si tomamos la clasificación de LARENZ, verificamos que se encuadran los conceptos jurídicos indeterminados en el grupo de las lagunas iniciales conocidas por el legislador, pues confía la solución de una cuestión sin resolver a la jurisprudencia judicial y a la Ciencia.

Estas son, por lo tanto, de las clasificaciones desarrolladas, las que permiten, por sus definiciones, considerar los conceptos jurídicos indeterminados como lagunas del ordenamiento jurídico, aunque no reciban el mismo tratamiento que las lagunas a la hora de su apreciación por el juez, conforme será expuesto.

Hay, por otro lado, teorías que no encuadran los conceptos jurídicos indeterminados como lagunas del ordenamiento jurídico. Veamos.

De acuerdo con la clasificación de FERRAJOLI, los conceptos jurídicos indeterminados no pueden ser calificados como verdaderas lagunas, o lagunas estructurales. Ello porque el autor italiano hizo una redefinición en la teoría de las lagunas. Para él, como ya señalado, lagunas estructurales solamente son admitidas como omisiones indebidas de producción normativa, la omisión de un acto normativo

---

pueden responder a causas muy diversas, las causas que enumeramos a continuación [...]. Por la existencia de los llamados 'conceptos válvula', o, más comúnmente, conceptos jurídicos indeterminados, que son aquellos términos genéricos cuya definición es confiada conscientemente por el legislador al juez (p. ej. cuando la ley se refiere a la buena fe, a los usos del tráfico, causa justa, conducta reprobable, administración incorrecta, buenas costumbres, daño grave, diligencia de un buen padre de familia, etc.)."

obligatorio según la norma infringida, solamente observable en sistemas jerarquizados, o sea, de más de un nivel normativo.

Los conceptos jurídicos indeterminados no son omisiones indebidas de producción normativa; al contrario, son estructuras legales, que fueron escogidas por el legislador justamente por el carácter abierto y moldeable. Su existencia en el ordenamiento jurídico fue planeada por el legislador, que creyó ser la mejor técnica legislativa para aquél supuesto a ser reglado.

De ahí, tenemos dos hipótesis: o FERRAJOLI no considera los conceptos jurídicos indeterminados lagunas del ordenamiento jurídico, o los encuadraría en la clasificación de las llamadas lagunas en sentido débil o lagunas aparentes (que no son las verdaderas lagunas).

En un primer momento, podríamos ubicarlos como lagunas en sentido débil o lagunas aparentes, ya que las lagunas aparentes, según FERRAJOLI, representan “cualquier ausencia de normas, aun cuando sea susceptible de solución por el intérprete mediante el recurso a la analogía o a los principios generales del derecho”<sup>156</sup>.

Sin embargo, como será analizado, a los conceptos jurídicos indeterminados no se aplica analogía o principios generales del derecho; son, a lo mejor, interpretados por el juez, que considera circunstancias específicas del hecho para su determinación.

---

<sup>156</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...* cit, vol. 1, p. 648.

Lo que se extrae del pensamiento de FERRAJOLI es que, a lo mejor, según éste autor, los conceptos jurídicos indeterminados no pueden ser considerados lagunas del ordenamiento jurídico. Se caracterizan como vicios del lenguaje, indeterminación semántica de las normas, que puede convertir el poder del juez, en la interpretación de estos términos, en un poder ilegítimo<sup>157</sup>.

Ahora bien, FERRAJOLI no considera los conceptos jurídicos indeterminados como lagunas del ordenamiento jurídico, justamente porque restringe y redefine los conceptos de laguna.

Las consecuencias de esta conclusión serán desarrolladas con mayor profundidad en el momento oportuno, además de guardaren estrecha relación con la problemática central de esta tesis: la propia legitimación del Poder Judicial en la aplicación jurisdiccional de los conceptos jurídicos indeterminados.

ENGISCH es otro autor que, cuando examina las lagunas, excluye de su definición los conceptos normativos indeterminados o las cláusulas generales<sup>158</sup>. Referencia en el estudio de los conceptos jurídicos indeterminados, el autor sostiene que siempre que la

---

<sup>157</sup> FERRAJOLI, Luigi. "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34. 2011, traducción al castellano de GUZMÁN, Nicolás, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com>, fecha 01/05/2014, 08:35, p. 48.

<sup>158</sup> Más detalles en ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., pp. 159-165.

interpretación sea suficiente para responder a las cuestiones jurídicas, no aparecen lagunas del derecho<sup>159</sup>.

Las lagunas, para él, solamente son verificables cuando es necesaria la integración, a través de la analogía o de los principios generales del derecho<sup>160</sup>.

Aunque no niegue la existencia de las lagunas voluntarias, donde el legislador consciente y deliberadamente ha dejado abierta la decisión de un problema jurídico, confiándola a la ciencia o la *praxis*, es categórico en afirmar que los conceptos jurídicos indeterminados no son considerados lagunas del ordenamiento jurídico<sup>161</sup>:

“yo no hablaría de laguna cuando el legislador, mediante conceptos normativos indeterminados o cláusulas generales (o cláusulas de interpretación libre), concede un amplio margen a la decisión. (...) Pues aquí tenemos sólo un ‘relajamiento’ planificado de la vinculación a la ley, es decir, un ‘relajamiento’ que pretende obtener un ajuste de la decisión a las circunstancias especiales del caso concreto y a las cambiantes concepciones de la comunidad jurídica”.

Consisten, así, para ENGISCH, los conceptos jurídicos indeterminados, no lagunas, pero sí, en una previsión del legislador que disminuye voluntariamente la vinculación del juez a la ley,

---

<sup>159</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., pp. 164-165.

<sup>160</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 165.

<sup>161</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 165.

favoreciendo que él lleve en cuenta circunstancias específicas del caso concreto en el momento de su decisión.

Pues bien, lo que observamos tras el análisis de todos los entendimientos colacionados en este momento, es que, tanto para los que consideran los conceptos indeterminados lagunas, como para los que no lo consideran, un punto es común: no serán integrados, a través de la analogía o de principios generales del derecho.

Más allá de esto, y teniendo en cuenta que algunos autores consideran los conceptos jurídicos indeterminados lagunas del ordenamiento jurídico, es importante esclarecer las implicaciones que pueden traer esta definición. Por ello, serán ahora estudiadas las consecuencias de considerar los conceptos jurídicos indeterminados como lagunas del ordenamiento jurídico.

#### **F) Consecuencias de considerar los conceptos jurídicos indeterminados como lagunas del ordenamiento jurídico**

Las consecuencias en admitir los conceptos jurídicos indeterminados como lagunas del ordenamiento jurídico son de gran relevancia, porque la perspectiva del juez ante los conceptos jurídicos indeterminados sería la misma que ante las demás lagunas.

En la hipótesis de encontrarse con una laguna, es posible identificarse dos soluciones: que el juez esté autorizado u obligado a

no pronunciarse; o que deba, de cualquier manera, tomar una decisión<sup>162</sup>.

No obstante, actualmente, establece el artículo 1.7 del CCE que “Los jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, atendiéndose al sistema de fuentes establecido.”

La existencia de una laguna no es, efectivamente, razón para que el juez aléjese de su deber de juzgar; tampoco es posible excusarse de decidir, delante de la presencia de laguna, bajo el argumento de reenvío al legislativo, como era previsto, por ejemplo, por el *référé législatif*.

Como señalamos en el apartado anterior, se constató que, según los autores que consideran los conceptos jurídicos

---

<sup>162</sup>Conforme señala ITURRALDE SESMA, Victoria. *Aplicación del derecho...* cit., p. 230-231. En la primera situación, en que el juez estaría autorizado u obligado a no pronunciarse, sería ejemplo el *référé législatif*, instrumento presente en todas las constituciones *post* revolución francesa que consistía en un orden al juez para suspender la operación de dictar sentencia y dirigirse a la Asamblea Legislativa toda la vez que, en la aplicación de una norma concreta al caso particular, no podía resolver sin ningún proceso interpretativo, sin ningún razonamiento más o menos extenso. La Asamblea, entonces, tendría que dar o una interpretación de la norma o dictar una ley nueva (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La aplicación del derecho en los sistemas políticos continentales”, en *La crisis del derecho y sus alternativas*, Madrid, Ed. Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 29-30.). Éste tema será tratado con más profundidad cuando del estudio de los precedentes del Poder Judicial, en el Capítulo IV.

indeterminados lagunas, ellos serían clasificados como lagunas subjetivas voluntarias, estáticas por defecto e iniciales conocidas por el legislador, es decir, el mismo legislador las deja a propósito, porque la materia es muy compleja, o por recelo de que quede al margen alguna situación, para ello no se utilizan reglas demasiado minuciosas, confiando esa tarea al intérprete (el juez).

Sin embargo, en cuanto lagunas de éste género, no tendrán los conceptos jurídicos indeterminados el mismo tratamiento despendido a las demás lagunas en la hora de su “concreción”, es decir, no serán “integrados”.

Eso porque las lagunas voluntarias no son consideradas lagunas propias, verdaderas, auténticas, y en su interpretación no se cuestiona respecto de la integridad<sup>163</sup>.

Por ello, no son aplicados los criterios propios de integración de las lagunas verdaderas, como el argumento analógico o el basado en los principios generales del derecho<sup>164</sup>.

---

<sup>163</sup> Interesante la observación de ITURRALDE SESMA, Victoria. *Aplicación del derecho...* cit., p. 197 “ Los criterios que se emplean para determinar cuando estamos en presencia de una ‘auténtica’ laguna o una laguna *intra legen* (y que sirve para establecer cuándo estaría permitido recurrir a alguno de los procedimientos de integración) se basa en distinguir entre lo que está ‘fuera’ o ‘dentro’ del derecho, lo que es ‘jurídicamente relevante’ y aquello que no lo es, tomando como criterio el respecto a la voluntad del legislador de dejar espacios sin regular”.

<sup>164</sup> Respecto del tema, véase ITURRALDE SESMA, Victoria. *Aplicación del derecho...* cit., pp. 232-250.



Como deberá proceder el juez, intérprete de los conceptos jurídicos indeterminados, es lo que genera controversias entre las diferentes corrientes de pensamiento.

Para ENGISCH, simplemente, actúa el poder creativo de quienes debe aplicar la norma (el juez), que llevará en consideración las circunstancias específicas del caso concreto. Y, cuando la interpretación es suficiente para responder a las cuestiones jurídicas, no aparecen verdaderas lagunas del derecho<sup>165</sup>.

LARENZ ratifica esta posición, cuando, tratando de las lagunas iniciales conocidas por el legislador, señala que “las más de las veces se tratará en verdad, ciertamente, sólo de una imprecisión terminológica, y por tanto, de interpretación y no integración de lagunas”<sup>166</sup>.

Así que, los conceptos jurídicos indeterminados, por el hecho de que no son considerados verdaderas lagunas, no serán

---

<sup>165</sup> ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit., p. 165.

<sup>166</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 372. En éste punto, se asemeja con el pensamiento de FERRAJOLI acerca de los conceptos jurídicos indeterminados, pues éste autor también considera que ellos serían indeterminaciones semánticas de las normas, solubles por la interpretación. No se está, aquí, comparando las consecuencias de legitimidad que atribuye FERRAJOLI a la interpretación hecha por los jueces (FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”... cit, p. 48).

integrados, es decir, el juez no adoptará la misma conducta que adoptaría si se deparase con una laguna verdadera.

HECK, señala la dificultad del juez cuando se encuentra con conceptos abstractos como “buena fe”, “buenas costumbres”, “motivo importante”, porque se exige de él juicios valorativos. Además, el legislador, en estos casos, guarda silencio respecto de que si el juez debe limitarse a subsumir situaciones vitales bajo normas legales ya existentes o si está autorizado a cubrir los vacíos de la ley mediante normas propias. Así, se entiende que esa renuncia a tales preceptos “se debe precisamente al deseo de dar vía libre a la ciencia y a la práctica”<sup>167</sup>.

La utilización de los conceptos jurídicos indeterminados es cada vez más frecuente. El legislador se ve obligado a utilizarse de ésta técnica, porque su capacidad de percepción es insuficiente, de manera que no puede prever en absoluto el futuro. Tiene que crear normas, así, adaptables, principalmente delante de la infinita complejidad de la vida moderna, sometidas a un cambio constante. Y, mismo considerando que pudiera prever las situaciones futuras, aun así, seguiría incapaz de expresar sus ideas de modo inequívoco, simplemente por el hecho de que los medios expresivos del legislador están limitados<sup>168</sup>.

---

<sup>167</sup> HECK, Philipp. *El problema de la creación del derecho*, Granada, Ed. Comares, 1999, traducción al castellano de ATIENZA, Manuel, p. 27.

<sup>168</sup> HECK, Philipp. *El problema...*, *cit.*, pp. 30-31.

La consecuencia de toda ésa situación es la presencia de lagunas, especialmente de las voluntarias (no verdaderas), como los conceptos jurídicos indeterminados que suscitan en el juez la cuestión de cómo debe él comportarse.

En ése contexto ocurrió, en realidad, una nueva necesidad, lo que exige obviamente posibles formas de satisfacerlas. Y la manera encontrada por HECK fue la elaboración de la “creación del derecho”<sup>169</sup>.

Para satisfacer, así, las inevitables lagunas, el juez puede elegir tres formas de reaccionar: la libre estimación, la limitación a la subsunción y la complementación coherente y dependiente del precepto.

La primera alternativa supone que el juez pueda comportarse como un lego delante de una laguna, haciendo la complementación mediante la libre estimación y la creación libre de la norma jurídica. Sin embargo, ésta no es la mejor opción, ya que la decisión del caso específico, aunque resultase adecuada, estaría totalmente vinculada a las concepciones personales del juzgador<sup>170</sup>.

La segunda opción, de limitación del juez a la subsunción, tampoco se revela adecuada. Consiste en el juez negar toda pretensión no soportada por un precepto legal determinado. En realidad, es totalmente inviable tal alternativa, porque la presencia de

---

<sup>169</sup> HECK, Philipp. *El problema...*, cit., pp. 27-28.

<sup>170</sup> HECK, Philipp. *El problema...*, cit., pp. 31-32.

los preceptos indeterminados no sólo es frecuente sino necesaria en un ordenamiento jurídico, que debe presentarse en cierta medida permeable. Adoptando ésa postura, el juez estaría ignorando el problema de las lagunas de la ley<sup>171</sup>. En realidad, negaría su existencia, lo que, conforme ya demostrado, no es posible<sup>172</sup>.

La tercera posibilidad, de la complementación coherente de la norma, no limita la acción del juez a la realización de una norma reconocida, sino que le permite completar o suplir las normas insuficientes y dar a las imprecisas la determinación de que carecen. Esto puede considerarse una de las formas de la denominada por HECK creación del derecho<sup>173</sup>.

Sin embargo, hay un argumento que dificulta la utilidad de ésa alternativa. HECK propone que, al completar la norma insuficiente y dar a las imprecisas la determinación de que carecen, debe el juez actuar no según sus propias valoraciones, sino que tiene que estar vinculado a las intenciones del legislador, para no poner en riesgo la seguridad jurídica<sup>174</sup>.

Ahora bien, las intenciones del legislador ni siempre son manifiestas. El juez se queda en una posición muy difícil, porque las razones que llevaron al legislador a proceder de una manera u otra

---

<sup>171</sup> HECK, Philipp. *El problema...*, cit., p. 32.

<sup>172</sup> Ésta cuestión ya ha sido tratada en el tópico 3, C del presente Capítulo, dónde se analiza el problema de la existencia de las lagunas del ordenamiento jurídico.

<sup>173</sup> HECK, Philipp. *El problema...*, cit., pp. 32-33.

<sup>174</sup> HECK, Philipp. *El problema...*, cit., pp. 32-33.

son, a lo mejor, en la gran mayoría de los casos, ocultas. Tampoco se puede admitir que el juzgador actúe solamente teniendo en cuenta sus concepciones personales.

La creación judicial del derecho genera una infinidad de problemas y divide la doctrina<sup>175</sup>. Sin embargo, este tema será tratado con más profundidad en un capítulo específico, dada su profundidad y relevancia.

---

<sup>175</sup> Especialmente en la actualidad, el debate toma rumbos más amplios en el seno de las corrientes neoconstitucionalistas y pós-positivistas (constitucionalismo garantista), dónde se discute los límites de la actuación judicial, pasando de un extremo a otro, desde el activismo judicial, hasta la propuesta del reenvío de las normas con lagunas al Poder legislativo. Véase, en este sentido, FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34. 2011, traducción al castellano de GUZMÁN, Nicolás, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com>, fecha 01/05/2014, 08:35, 15-53 pp; PRIETO SANCHÍS, Luis, “Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34, 2011, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com>, fecha 01/05/2014, 09:01, 229-244 pp; CARBONELL, Miguel (Ed). *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid. Ed. Trotta - UNAM, 2009, 286 pp.; CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid, Ed. Trotta - UNAM, 2007, 334 pp. FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz y TRINDADE, André Karan (Organizadores). *Garantismo, hermenêutica e neo(constitucionalismo): um debate com Luigi Ferrajoli*, Porto Alegre, Ed. Livraria do advogado, 2012, 260 pp; PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. “¿Qué significa juzgar?”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 32, 2009, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com>, fecha 12/12/2013, 151-176 pp., y varios otros.

Lo que queda evidente es que hay que buscar alternativas para el actuar del juez en la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados. Estos conceptos son utilizados como verdaderas delegaciones al juez del poder de concretarlos, determinarlos. Por ello, hay la manifiesta necesidad de extremar las medidas de control para que esta técnica, que existe para permitir la mejor adaptación de la decisión jurídica a las exigencias que impone la ubicación del problema en un entorno histórico cultural determinado, no degenera “en la institucionalización del más puro arbitrio irracional en la solución de los problemas que presenta la vida social”<sup>176</sup>.

---

<sup>176</sup> ARA PINILLA, Ignacio. “Presupuestos y posibilidades...” cit., p. 116.

## Capítulo II

### LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: PROBLEMÁTICA

#### 1. La tensión entre la creciente utilización del concepto jurídico indeterminado y los problemas que pueden generar

La técnica de legislar por conceptos jurídicos indeterminados no es reciente. Las *Pandectas* ya preveían un ámbito del *ius aequum*, con la consideración equitativa del caso concreto, mitigando el rigor del sistema<sup>177</sup>.

Actualmente, viene siendo ampliamente utilizada por las más distintas ramas del ordenamiento jurídico<sup>178</sup>. Así que, en el Derecho Civil, son ejemplos los conceptos de buena fe y diligencia del buen padre de familia; en el Penal, hay conceptos tales como nocturnidad y abusos deshonestos; ya en el Derecho Procesal, se identifica concepciones como pertinencia y relevancia de pruebas, y medidas

---

<sup>177</sup> HENKE, Horst-Eberhard. *La cuestión de hecho: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, traducción al castellano de TOMAS A. BANZHAF, p. 55.

<sup>178</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, 11ª. edición, Madrid, Ed. Civitas, 2002, vol. I, p. 460.

adecuadas para promover la ejecución; el Derecho Mercantil son ejemplos el interés social y diligencia del buen comerciante.

Los motivos y ventajas que llevan al legislador a hacer uso, cada vez más, de estos elementos abiertos en las leyes son múltiples. Para explicarlos y entenderlos, hay que analizar las transformaciones que ocurrieron en los ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, tan amplia e importante como la expansión de esta técnica legislativa en los ordenamientos jurídicos de Estado de Derecho de la actualidad es la problemática que le circunda.

La seguridad jurídica, la creación judicial del derecho, la vinculación del juez a la ley y por consiguiente la propia legitimación del Poder Judicial suman el rol de los problemas que la utilización del concepto jurídico indeterminado puede generar.

#### **A) Algunas razones de la larga utilización de conceptos jurídicos indeterminados: su potencialidad**

El manejo por el legislador de los conceptos jurídicos indeterminados, en las más diversas ramas del ordenamiento jurídico, es cada vez mayor.

Los aspectos dominantes que justifican éste aumento son, fundamentalmente, dos: a) el carácter abierto del concepto indeterminado y b) la transferencia del legislador al juez de la concreción de una norma.



### **a) El carácter abierto del concepto indeterminado**

Siendo el concepto indeterminado un “elemento de figura legal con límites fluidos”<sup>179</sup>, su contenido no está fijado, estando apto para dar cabida a significados nuevos. Es, así, un elemento abierto, y ése carácter es una de las causas de su gran receptividad en los ordenamientos jurídicos.

Por su carácter evolutivo, el lenguaje jurídico no puede abarcar todos los puestos que pretende contemplar si se muestra excesivamente preciso, tampoco que dicho lenguaje se entienda de la misma forma en lugares distintos, con situaciones jurídicas diferentes y con pretensiones dispares<sup>180</sup>.

La presencia de conceptos jurídicos indeterminados proporciona a los ordenamientos jurídicos flexibilidad, ya que posibilita al sistema abarcar y regular cambios y creaciones supervenientes a la aparición de la ley<sup>181</sup>.

---

<sup>179</sup> HENKE, Horst-Eberhard. *La cuestión de hecho...*, cit., p. 80.

<sup>180</sup> NUÑEZ PACHECO, Melissa. *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería, controversias y soluciones*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2013, p. 17

<sup>181</sup> Muy interesante el texto de MARTINS-COSTA, Judith. “O direito privado como um ‘sistema em construção’: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro”, en *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 139, jul/set 1998, p. 7. La autora desarrolla su tema explicando cómo se dio la opción del legislador brasileño por las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados en

Éste carácter abierto, seguramente uno de los rasgos más relevantes de esta técnica legislativa, es una opción del legislador, que resuelve utilizarla, algunas veces por necesidad, otras por conveniencia<sup>182</sup>.

También, es debido a su carácter abierto que el concepto indeterminado le manda al juez determine el derecho, orientado por valores y reglas extrajurídicas, como valores culturales (como por ejemplo, para determinar el concepto “obra de arte”), principios experimentales de las ciencias naturales (“causalidad”), reglas de la vida económica (“carácter inmediato” de la protesta por vicios redhibitorios en la compraventa comercial) o exigencias de la ética social (“buena fe”), adicionados a ellos todas las circunstancias del caso específico<sup>183</sup>.

---

el Código Civil actual, y que esta escoja aportó más flexibilidad y seguridad al sistema del sistema de Derecho privado en construcción.

<sup>182</sup> Sobre este aspecto, esclarece el jurista brasileño MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados”, en *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 261, jan/mar 1978, p. 14: “Nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traços de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a eu há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico.”

<sup>183</sup> HENKE, Horst-Eberhard. *La cuestión de hecho...*, cit., pp. 57-58. El autor continúa señalando que sistemas estructurados sobre la base de conceptos indeterminados pueden calificarse como sistemas abiertos.

DUBISCHAR<sup>184</sup> sostiene que los conceptos jurídicos indeterminados funcionan como “ventanas a la ética jurídica”, es decir, serían caminos que llevarían el derecho tecnificado a la práctica, en armonía con los estándares morales que imperan en la sociedad, considerando su momento histórico. Así, la concepción que se tiene en cada momento de las relaciones entre el derecho y la moral será fundamental, pues condicionará la formación del juicio sobre estos conceptos indeterminados<sup>185</sup>.

Es el carácter abierto de los conceptos indeterminados que permite que la aplicación del método del *pensar tópico*, es decir, aprovechar las lagunas del sistema creadas por el legislador, para resolver un caso fuera del sistema, haciendo justicia al caso concreto<sup>186</sup>.

Y es justamente a través de la aplicación del método tópico que se determina el derecho, apoyándose en valores y reglas

---

<sup>184</sup> DUBISCHAR, Roland, citado por GARCÍA SALGADO, María José. “Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean” en *Anuario de filosofía del derecho*, disponible en <http://dialnet.unirioja.es> al 24/04/2014 n. 20, 2003, p. 114.

<sup>185</sup> GARCÍA SALGADO, María José. “Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean” en *Anuario de filosofía del derecho*, disponible en <http://dialnet.unirioja.es> al 24/04/2014 n. 20, 2003, p. 114.

<sup>186</sup> Véase VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*, 2ª ed., Navarra, Ed. Thomson-Civitas, 2007, traducción al castellano de DIÉZ PICAZO, Luis.

extrajurídicas, se obtienen pautas y resultados sustantivos, tomados del conocimiento de todas las circunstancias del caso<sup>187</sup>.

**b) la transferencia del legislador al juez de la concreción del concepto indeterminado**

La transferencia del legislador al juez de la concreción de la norma es la otra razón dominante de la larga utilización de los conceptos jurídicos indeterminados.

Conforme ya afirmado, como el legislador no siempre puede encuadrar en una norma las especificidades de la vida, en ocasiones, según la necesidad o conveniencia, elige dejar que sea el juez quien valore el caso concreto y no someterle a las rigideces de unos conceptos muy determinados<sup>188</sup>.

Además, por motivo de la dinámica inherente a la sociedad, hay situaciones jurídicas que exigen constantes cambios, porque la humanidad evoluciona en un ritmo acelerado; se añade a ello el hecho de que también están cada vez más complejas las situaciones cotidianas. Así, en determinadas circunstancias, un derecho estático ciertamente envejecería en el tiempo, por el cambio constante de condiciones. La rigidez impediría la adaptación de la ley al cambio de las circunstancias, lo que llevaría a una verdadera petrificación de las normas en el tiempo.

---

<sup>187</sup> El método tópico en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados comentado por HENKE, Horst-Eberhard. *La cuestión de hecho...*, cit., p. 58.

<sup>188</sup> GARCÍA SALGADO, María José. "Determinar lo indeterminado... cit., p. 114

Sin embargo, si la tarea de concreción es pasada al juez, a través de la formulación vaga de la norma por el legislador, los riesgos del envejecimiento y de la complejidad de las materias son alejados<sup>189</sup>.

El carácter determinado de una norma, es decir, cuando se regula la materia mediante la delimitación y determinación jurídica en su carácter específico de un número amplio de casos bien descritos, es la principal causa de envejecimiento de las leyes<sup>190</sup>.

Mediante la formulación indeterminada la ley adquiere la capacidad de adaptarse a esas materias complejas, a las peculiaridades del caso singular, así como al cambio de condiciones externas. Y, por estar más cerca de los hechos, el juez está en mejores condiciones de valorar la situación.

Lo contrario ocurre con las normas de formulación rígida: su campo de aplicación es cerrado y limita la apreciación judicial a las circunstancias que se encuentran dentro del marco normativo del legislador, sin llevar en consideración las particularidades del caso específico. Así, la inflexibilidad de las normas de formulación exacta puede resultar repugnante cuanto al sentimiento de justicia<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> HENKE, Horst-Eberhard. *La cuestión de hecho...*, cit., pp. 58-59.

<sup>190</sup> MARTINS-COSTA, Judith. "O direito privado como um 'sistema em construção': as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro", en *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 139, jul/set 1998, p. 8.

<sup>191</sup> HENKE, Horst-Eberhard. *La cuestión de hecho...*, cit., pp. 62-63. La utilización de los conceptos jurídicos indeterminados, conforme ya de ha dicho, deja el

La imprecisión de los términos jurídicos ha pasado de ser considerada un defecto del derecho y un mal endémico que no tiene solución, a valorarse como un aspecto esencial del mismo al que el legislador no debe renunciar<sup>192</sup>.

Y son por esos motivos que, cada vez más, el legislador tiene optado por utilizar conceptos jurídicos indeterminados en la formulación de las normas, aunque existan factores que desabonan el empleo de la figura legal indeterminada, conforme se analizará.

### **B) Los conceptos jurídicos indeterminados en el análisis económico del derecho**

Hay, actualmente, un movimiento metodológico que aplica modelos y teorías de la Ciencia Económica en la interpretación y aplicación del derecho, denominado de *análisis económico del Derecho*, o *Law and Economics*<sup>193</sup>.

---

margen para el juez adaptar su pronunciamiento a las particularidades del caso singular, y éste es un hecho que, ciertamente, favorece sea realizada la justicia al caso concreto. Pero, la primera cuestión que surge cuando se trata del tema de la justicia al caso concreto es si la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados no representaría un riesgo a la seguridad jurídica. La relación entre conceptos jurídicos indeterminados y seguridad jurídica será objeto de estudio en un tópico específico del presente trabajo.

<sup>192</sup> GARCÍA SALGADO, María José. "Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean" en *Anuario de filosofía del derecho*, disponible en <http://dialnet.unirioja.es> al 24/04/2014 n. 20, 2003, p. 113.

<sup>193</sup> Respecto del tema, las principales obras que pueden ser referenciadas: POSNER, Richard A., *El análisis económico del derecho*, México, Fondo de

El movimiento sugiere la implementación de un punto de vista económico en el tracto de cuestiones antes eminentemente jurídicas. El criterio de “eficiencia”, entendida como la mejor utilización de recursos en la perspectiva del mercado, es trasladado para el ámbito del análisis económico del Derecho, y entendido como la evaluación de las instituciones por sus consecuencias (coste/beneficio)<sup>194</sup>.

Esta corriente adopta los principios del liberalismo económico, además de la idea de que ciencia jurídica y ciencia económica poseen objetos con estructuras similares. Ello autorizaría estructurar el objeto de la ciencia jurídica desde la perspectiva de la teoría económica<sup>195</sup>.

Para la *Law and Economics*, el sistema jurídico es una de las principales causas que obstaculizan el crecimiento económico, ya que, según ese movimiento, sería el sistema jurídico la traba al bien estar del mercado, desde el enfoque neoliberal. Este contexto haz con que una de las exigencias de la teoría sea la revisión de las

---

Cultura Económica, 2000, traducción de SUÁREZ, Eduardo L, 682 pp; MACKAAY, Erjan y ROUSSEAU, Stéphane, *Análise econômica do direito*, 2ª ed, Rio de Janeiro, Ed. Atlas, traducción al portugués de SZTJAN, Rachel, 808 pp. El movimiento ha surgido en la Universidad de Chicago en el inicio de la década de 60 del pasado siglo, y es fuertemente influenciado por el liberalismo económico.

<sup>194</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. “Constitucionalismo garantista: notas lógicas”, en FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz y TRINDADE, André Karan (Organizadores). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, Porto Alegre, Ed. Livraria do advogado, 2012, p. 140.

<sup>195</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. “Constitucionalismo garantista...” cit., p. 138.

normas, de los límites de intervención del Estado y de la propia Constitución<sup>196</sup>.

Muy interesante el análisis hecho por MACKAAY<sup>197</sup>, dónde el autor analiza la cuestión de los conceptos jurídicos indeterminados, bajo el prisma del criterio de eficiencia.

Explica su teoría sosteniendo que la precisión de los términos elegidos por el legislador está en función de la división de papeles entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, que se desarrolla de manera a reducir al mínimo los costes generados por la formulación y aplicación de las normas jurídicas. Por consiguiente, la imprecisión conceptual de las normas jurídicas sería resultado de un acto consiente con la finalidad de evitar los gastos desnecesarios en todos los niveles de toma de decisión (legislativo, ejecutivo o judicial)<sup>198</sup>.

Además, la imprecisión de las normas, constituiría un elemento fundamental para el buen funcionamiento del derecho,

---

<sup>196</sup> AVELÃS NUNES, António José. “A constituição europeia: a constitucionalização do neoliberalismo”, en MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Organizador). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2006, p. 63-118.

<sup>197</sup> MACKAAY, Erjan, “Le nozione ‘fluide’ in diritto ovvero l'economia dell'imprecisione”, en *Rivista Informatica e Diritto*, n. 6, 1980, traducción al italiano de TORRETTA, Domenico, pp. 253-274, disponible en <http://www.ittig.cnr.it/EditoriaServizi/AttivitaEditoriale/InformaticaEDiritto/Index.html>, acceso en 03/05/2015, 21:11.

<sup>198</sup> MACKAAY, Erjan, “Le nozione ‘fluide’ in diritto...” cit., p. 258.



teniendo en cuenta que, de acuerdo con el movimiento del análisis económico del derecho, las instituciones buscan, de manera voluntaria o no, reducir al mínimo los costes vinculados a la formulación y aplicación de las normas jurídicas<sup>199</sup>.

GARCÍA SALGADO<sup>200</sup> explica a qué costes el autor estaría refiriéndose, y resume en: “costes de formulación”, “costes de la incertidumbre” y “costes de la inadecuación”.

En los “costes de formulación” estarían incluidos los producidos por la elaboración y redacción de la norma, ya que, cuanto más precisa, más dispendiosa va a ser, pues demandará especialistas, allá de requerir más tiempo para su formulación; así, los costes disminuyen si, por ejemplo, la materia ya ha sido desarrollada por la jurisprudencia. En los costes de la formulación, también se incluyen los ocasionados por la aprobación de la norma por el parlamento, pues, cuanto más difícil y precisa la regulación, más costoso el proceso de su votación<sup>201</sup>.

Ya los “costes de la incertidumbre”, o también llamados costes de la imprecisión, tratan de analizar los costes en relación a efectos de la norma en los ciudadanos. Los conceptos indeterminados son más dispendiosos, pues los ciudadanos tienen

---

<sup>199</sup> MACKAAY, Erjan, “Le nozione ‘fluide’ in diritto...” cit., p. 273.

<sup>200</sup> GARCÍA SALGADO, María José. “Determinar lo indeterminado...” cit, pp. 115-117.

<sup>201</sup> GARCÍA SALGADO, María José. “Determinar lo indeterminado...”, cit., pp. 115-116.

que acudir a abogados y especialistas. Además, la litigiosidad es aumentada, los litigios se tornan más largos y se tiende a recurrir más de las sentencias. Son computados también los costes con los riesgos de arbitrariedades y abusos que pueden ser cometidos, delante de normas imprecisas<sup>202</sup>. Por lo tanto, este coste apunta desfavorablemente a la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados por el legislador.

Por ende, los costes de inadecuación también tienen que ver con los efectos de la norma en los ciudadanos. La autora explica con un ejemplo: el límite de velocidad de 50 kilómetros por hora<sup>203</sup>. Aunque sea una norma muy precisa, ni siempre es adecuada. Ello porque, tal límite no evita los riesgos en casos como de niebla o hielo y, por otro lado, es muy restrictivo en calles amplias, con tiempo bueno y poco tráfico. Así, quizás la respuesta sería mitigar los costes de la inadecuación con previsiones legales más imprecisas. Pero, entonces, tendríamos los costes de la imprecisión!<sup>204</sup>

Después de este análisis de los costes vinculados a la formulación y aplicación de las normas jurídicas, parece, en un primer momento, que el coste a ser soportado por la existencia de los conceptos jurídicos indeterminados en el sistema no valdría los beneficios que proporcionan.

---

<sup>202</sup> GARCÍA SALGADO, María José. “Determinar lo indeterminado...”, cit., p. 116

<sup>203</sup> GARCÍA SALGADO, María José. “Determinar lo indeterminado...”, cit., p. 116.

<sup>204</sup> MACKAAY, Erjan, “Le nozione ‘fluide’ in diritto...” cit., pp. 259-260.

Sin embargo, hay que mirar con cautela a ese movimiento que considera solamente coste/beneficio. Considerar al legislador “como una especie de empresario deseoso de obtener beneficios”<sup>205</sup>, es peligroso, pues lo que puede ser considerado beneficio desde la perspectiva económica puede no ser desde la visión jurídica. La verdad es que, casi siempre, no lo es!

Luego, siquiera el concepto de beneficio estaría definido totalmente para que el análisis de la existencia de conceptos jurídicos indeterminados quedara completo y correcto.

Bajo el argumento de la “eficiencia”, del coste/beneficio, y del bien estar del mercado, hasta mismo los derechos fundamentales son olvidados. Como bien asevera MORAIS DA ROSA<sup>206</sup>,

“para o discurso da eficiência, o qual desconhece os Direitos Fundamentais, não há condições de fazer barreira, dado que a exceção econômica prepondera sempre. O critério de validade do conteúdo das decisões deixa de ser estatal. ”

Pero, el concepto jurídico indeterminado presenta muchas ventajas frente a la norma de formulación precisa. Su carácter abierto permite que el concepto no envejezca, permitiendo que se adapte al tiempo que se va aplicarlo; puede abarcar muchas situaciones que la precisión exagerada de la norma podría dejar sin protección; puede ser concretado considerando las particularidades del caso en

---

<sup>205</sup> GARCÍA SALGADO, María José. “Determinar lo indeterminado...”, cit., p. 117.

<sup>206</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. “Constitucionalismo garantista...” cit., p. 145.

examen; la inflexibilidad de las normas de formulación exacta puede resultar repugnante cuanto al sentimiento de justicia.

¿Cómo, entonces, justificar la formulación solamente de normas precisas, descartando conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas generales, bajo el argumento de que el coste/beneficio no compensa?

Además, como sostiene GARCÍA SALGADO<sup>207</sup>, “el derecho es, sobre todo y ante todo, una forma de poder y un instrumento en manos de quien ostente el monopolio de la fuerza. Y eso es algo que no conviene olvidar”, menos aún en los casos de los conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas generales, que “constituyen magníficas herramientas para utilizar el poder que confiere el derecho”.

### **C) Los conceptos jurídicos indeterminados y los problemas que pueden generar**

Los ordenamientos jurídicos sufrieron, desde la época de las codificaciones hasta los días de hoy, transformaciones significativas, que se asientan sustancialmente, en el hecho de que el Derecho ha cambiado su función.

Al contrario de lo que se observaba en el período *post* revolución, en que las situaciones venían previstas por la ley con

---

<sup>207</sup> GARCÍA SALGADO, María José. “Determinar lo indeterminado...”, cit., p. 117.

claridad conceptual y hermetismo sistemático, hoy la ley no es utilizada sólo para dictar comportamientos, sino también para avanzar y orientar el desarrollo social y económico<sup>208</sup>. Ello supone, lógicamente, la intervención del Derecho en nuevos sectores que, justamente en razón de esa nueva función de desarrollo social y económico, son mucho más complejos.

Y con la finalidad de dar una respuesta a la complejidad de esos nuevos sectores de intervención, se recurre, cada vez más, a la técnica de legislar a través de conceptos jurídicos indeterminados.

Por otro lado, allá de esa nueva misión asumida por el Derecho, hay que destacar que el uso de los conceptos jurídicos indeterminados se justifica también por la dinamicidad de la sociedad, con sus avances tecnológicos y culturales, que resultan en el surgimiento frecuente de nuevas situaciones que necesitan tutela jurídica, lo que exige de los textos legales la utilización de un lenguaje vivo y flexible.

A través de tal técnica legislativa, cabe al juez depositar en los conceptos indeterminados la carga valorativa suficiente a concretizar las situaciones propuestas. Sin embargo, la actividad del juez puede tornarse peligrosa, dado que la discrecionalidad, inherente a la labor judicial, puede ultrapasar los límites del aceptable, pasando, así, a configurar una decisión arbitraria y, por lo tanto, criando un clima de

---

<sup>208</sup> GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patricia. *Los jueces y la política: poder judicial y democracia*, Madrid, Ed. Taurus, 1999, traducción al castellano de RUIZ DE AZUA, Miguel Ángel, pp.19.

inseguridad jurídica, lo que es totalmente en contra de los anhelos sociales y los valores básicos del Estado de Derecho.

Lo que ocurre es que, delante de esta nueva misión asumida por el Derecho, más allá de que simplemente concretar los conceptos jurídicos indeterminados inseridos en la norma (lo que, mismo si considerada solamente esta cuestión, ya podría traer muchas discusiones, teniendo en vista tantas divergencias respecto de la creación judicial del Derecho), se observa, cada vez más, una aproximación entre política y derecho<sup>209</sup>. Y ese acercamiento revela una actuación activista del Poder Judicial.

La cuestión toma rumbos más amplios en la medida en que se establece que la legitimación del Poder Judicial está en la vinculación del juez a la ley: ¿estando frente a conceptos jurídicos indeterminados por la propia ley, cómo puede el juez estar a ella vinculado?

Así que se puede encontrar dos respuestas. La primera es simplemente no legislar más por conceptos jurídicos indeterminados, lo que, por lo ya dicho, restringe un sin número de situaciones de la tutela jurídica; un grado muy especificado de la norma trae inconvenientes como éste, es decir, el no abarcamiento por el Derecho de hechos que no se encuadran perfectamente a la norma. Evidente que ni toda laguna u omisión del legislador se queda sin solución. Está a la disposición del juzgador todo un aparato

---

<sup>209</sup> Véase GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patricia. *Los jueces y la política...*cit.

hermenéutico de métodos de interpretación e integración del derecho que puede solucionar algunas cuestiones, pero no todas. Allá de eso, la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados por el legislador es una manera eficaz de mantener siempre actual conceptos que van cambiando de significado con el pasar del tiempo.

La segunda respuesta consiste en encontrar medios allá de la vinculación del juez a la ley que legitimen el Poder Judicial, porque el juez que sólo dice el derecho, ajeno de las reales aspiraciones sociales, no responde a los fines establecidos por el Estado Social y Democrático de Derecho.

La segunda opción es la que ofrece el mejor mecanismo para la solución del problema planteado.

Acreditamos que a través de una relectura de la vinculación del juez a la ley es posible continuar haciendo uso de los conceptos jurídicos indeterminados y, por tanto, aprovechando todos los beneficios que esa técnica legislativa ofrece y, al mismo tiempo, asegurar la legitimación del Poder Judicial.

No obstante la necesidad de utilización de esa técnica por el legislador acrecentada de todos los beneficios que el concepto carente de determinación trae (como la adaptación al caso concreto específico, el no envejecimiento de la ley con el tiempo, etc), hay inconvenientes que deben ser considerados y sopesados.

Para FERRAJOLI, hay que tener en cuenta ciertos límites en la incoherencia, falta de plenitud, antinomias y lagunas encontradas en la ley<sup>210</sup>. Se trata de limitar y no suprimir totalmente tales vicios porque ya está comprobado que son necesarios. Sin embargo, una vez ultrapasada la barrera del aceptable, esos vicios se tornan patológicos y es posible se hablar en una verdadera crisis de la democracia<sup>211</sup>.

Por tanto, los conceptos jurídicos deben ser utilizados por el legislador, sin embargo, dentro de ciertos límites. Cuando son manejados dentro de este espacio permitido, ya es previsto por el propio legislador que será necesaria una actividad interpretativa llena de valoraciones del juzgador, capaz de concretar el concepto y adecuarlo al caso concreto. Pero, cuando el legislador hace una norma abierta y excesivamente amplia, ya la hace esperando menos del juez una vinculación a la ley, porque da libertad a él para interpretar. En éste sentido, sostiene HASSEMER<sup>212</sup>,

“Las posibilidades de vincular al juez a la ley (y de controlar si él se deja vincular), dependen de la ley misma. Las normas abiertas y excesivamente amplias pueden esperar menos una vinculación del juez que aquellas que dicen con precisión y plenitud lo que quieren”.

---

<sup>210</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, traducción al castellano de PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ y ANDREA GREPPI, 1999, pp. 15-35.

<sup>211</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, cit., p. 28.

<sup>212</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, cit., p. 217.



Cuando el legislador opta por la utilización del concepto indeterminado para hacer una ley, lo hace por necesidad o conveniencia, voluntariamente, sabiendo de los beneficios que este concepto traerá en su aplicación al caso concreto. Por consiguiente, es el propio legislador que espera menos la vinculación del juez a la ley.

Pero, para que ello no signifique un embate en los principios de separación de poderes y en la Legitimación del Poder Judicial, hay que ser estudiadas alternativas para conciliar la existencia de la técnica legislativa, con todos sus beneficios, y la observancia de los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho.

**2. Los conceptos jurídicos indeterminados como resultado de las transformaciones del ordenamiento jurídico: ¿técnica necesaria para llevar a cabo los nuevos fines del Estado o vicio jurídico insanable?**

La creciente utilización de los conceptos jurídicos indeterminados por el legislador es resultado de una verdadera crisis del propio Estado, que ha sufrido profundas transformaciones desde el Estado liberal.

El ordenamiento jurídico del Estado Liberal era caracterizado por la era de las codificaciones, cuando se observó el apogeo de la

concepción cerrada del sistema y se buscaba, a todo coste, un parámetro de certeza y seguridad jurídica<sup>213</sup>

Producto de la revolución Francesa y, por lo tanto, sustentado en los principios del liberalismo como el individualismo exacerbado y el no-intervencionismo estatal, el Estado liberal entró en crisis a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Es la llamada crisis del Estado liberal, generada, principalmente, por el factor económico. Así, la causa de tal crisis no está en los planteamientos de base del Estado de Derecho, también originarios en la Revolución francesa como el principio de legalidad, el sometimiento al derecho, la división de poderes, la protección de los derechos fundamentales o el modelo normativo constitucional. La causa de la decadencia se encuentra en los marcados perfiles liberales de la individualidad, propiedad y juego del mercado.<sup>214</sup>

El surgimiento del Estado Social ha superado el individualismo, apuntando como preponderantes valores

---

<sup>213</sup> El análisis el hecha por MORAES LAUDANNA, Raquel. “Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual”, en *Revista da faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 28, n. 1, jan/jul 2012, p. 50.

<sup>214</sup> FLORES PRADA, Ignácio. *El Ministerio Fiscal en España*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 162-163. En este sentido, también GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel. “Poder Judicial y Estado Social: legalidad y resistencia constitucional”, en *Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, Cord. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, Madrid, Ed. Trotta, 1996, pp. 63-64.

metaindividuales. Es un Estado preocupado en proporcionar el bienestar de sus ciudadanos, y, por lo tanto, intervencionista<sup>215</sup>.

Estas transformaciones resultantes de la evolución del Estado reflejaron, lógicamente, en el propio ordenamiento jurídico, que asume el compromiso político de transformación del orden social, norteado por la Constitución<sup>216</sup>.

Algunos apuntan para una realidad que va más allá, afirmando que lo que se observa en la actualidad es una verdadera “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, entendida como un fenómeno expansivo de las normas constitucionales, cuyo contenido material y axiológico se irradia, con fuerza normativa, por todo el sistema jurídico<sup>217</sup>.

---

<sup>215</sup> LÓPEZ LÓPEZ, Angel M. “Independencia, imparcialidad, objetividad del juez: notas para una reflexión sobre la actividad jurisdiccional y la separación de poderes”, en *Revista Justicia*, n. IV, 1986, p. 963.

<sup>216</sup> FLORES PRADA, Ignacio. *El Ministerio Fiscal...*, cit., p. 159.

<sup>217</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”, en *Jus Navegandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 2005, disponible en <http://jus.com.br/artigos/7547>>, fecha 25/02/2014, 22:01. Analizando el tema, concluye GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en CARBONEL, Miguel (edición de). *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Madrid, Trotta-UNAM, 2009, pp. 164-165: El resultado de la constitucionalización del ordenamiento jurídico es el (neo)constitucionalismo., considerado como “la teoría o conjunto de teorías que han proporcionado una cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente no positivistas”. Esta visión es tenida principalmente por los “neoconstitucionalistas”, y será abordada con más profundidad en el curso de este trabajo.

GUASTINI explica que la constitucionalización del ordenamiento jurídico hay que ser entendida como

“un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales”. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.”<sup>218</sup>

---

<sup>218</sup> GUSATINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONEL, Miguel (edición de). *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Madrid, Trotta-UNAM, 2009, traducción al castellano de LUJAMBAIO, José María, p. 49. Sigue, todavía, el autor, y apunta como condiciones que un ordenamiento debe satisfacer para ser considerado como “impregnado” por las normas constitucionales las siguientes: 1. una Constitución rígida, es decir, escrita y que sea posible distinguir niveles jerárquicos de legislación; 2. La garantía jurisdiccional de la Constitución, un control de constitucionalidad de las leyes ejercido por un órgano jurisdiccional; 3. La fuerza vinculante de la Constitución, que significa que toda norma constitucional, independiente de su estructura o de su contenido normativo, es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos; 4. La “sobreinterpretación” de la constitución, o sea, ella puede ser interpretada de manera que se extraigan normas implícitas, no quedando espacios vacíos, y esto suprime cualquier discrecionalidad legislativa, cabiendo al juez el control de la legitimidad constitucional de las leyes; 5. La aplicación directa de las normas constitucionales, vinculada a la tercera y cuarta condiciones; 6. La interpretación conforme de las leyes, entendida como aquella que se adecua la ley con la Constitución; 7. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, a través de la intervención de los principios constitucionales, con su fuerte huella moral y política, en la argumentación política, allá de regir las relaciones entre los poderes del Estado y permitir a los órganos jurisdiccionales examinar la argumentación política que subyace a las normas

Y la utilización de conceptos jurídicos indeterminados es una de las transformaciones del ordenamiento jurídico que se hicieron necesarias para llevar a efecto los nuevos fines del Estado. A par de este cambio, apunta LÓPEZ LÓPEZ<sup>219</sup> otras transformaciones visibles en el orden jurídico:

“(...) socialización y publicación del derecho privado, florecimiento de ámbitos de discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, ‘cláusulas generales’ como técnica legislativa, recurso a la aplicación directa de las normas constitucionales, el llamado orden público económico como principio general, la aparición y expansión de la mano pública de la empresa, la sistemática reducción de los ámbitos de no justiciabilidad ante los Tribunales, acompañada del también sistemático alargamiento de la legitimación procesal, ampliada a los llamados intereses difusos, amén del reforzamiento de los colectivos y corporativos, la necesidad de recurrir a conocimientos extrajurídicos para conocer la relevancia jurídica de los hechos (...)”.

El Derecho es utilizado como instrumento de cambio social y de gestión de políticas públicas, motivo por el cuál la ley es utilizada no sólo para disciplinar comportamientos, sino que también para adelantar y guiar el desarrollo social y económico. Así, con el fin de afrontar la complejidad de esos nuevos sectores de intervención, el legislador recurre a figuras como cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados<sup>220</sup>.

---

jurídicas. (pp. 50-58).

<sup>219</sup> LÓPEZ LÓPEZ, Angel M. “Independencia, imparcialidad...”, *cit.*, p. 963.

<sup>220</sup> GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patricia. *Los jueces...*, *cit.*, pp. 19-20. Muy interesante la visión de FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2008, p. 75. Sostiene que es una tendencia actual del derecho una

También tales cambios se deben a la complejidad social de los grupos humanos y la sofisticación de sus interacciones y demandas, que exigen muchas normas jurídicas, de contenidos muy técnicos y especializados<sup>221</sup>.

Entonces, se percibe que el ordenamiento jurídico es mucho más complejo que en el Estado Liberal. La proliferación de cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados son verdaderos mecanismos que caracterizan ahora el sistema jurídico como un sistema abierto, proporcionando más flexibilidad del orden jurídico y ajuste a las nuevas realidades<sup>222</sup>.

---

progresiva reducción del grado imperativo del derecho positivo. El Estado se utiliza cada vez más de “directivas”, “recomendaciones”, pero sin asegurar garantías fundamentales, tampoco imponer la obtención de resultados, lo que representa un alejamiento de los fines del Estado Social de Derecho. Y estas normas presentan zonas de incertidumbre e indeterminación, que acaban sobrecargando el trabajo del intérprete y dejando dudas respecto de su verdadero potencial de eficacia. Termina, entonces, haciendo una crítica a las normas que contienen elementos indeterminados: “Afimal, esse tipo de norma é tão flexível, plástico e adaptável e sua eficácia é tão dependente de variações conjunturais que, na prática, torna-se impossível saber se é a realidade socioeconômica que muda sob pressão da lei ou, inversamente, se é a lei que vai modelando-se a partir da ‘resistência’ dos fatos”.

<sup>221</sup> LAPORTA, Francisco J. “Imperio de la ley y seguridad jurídica”, en *Estado, justicia, derechos*, eds. DÍAZ, Elíaz y COLOMER, José Luis, Madrid, Ed. Alianza, 2002, p. 113.

<sup>222</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. “Interpretação”, en *Revista da Ajuris*, n. 45, marzo/1989, p. 18.

Así, el juez debe asumir un papel distinto también, con el fin de absorber la complejidad que otrora no había, lo que significa que el juez “boca de la ley” no responde más a las exigencias derivadas de estas mutaciones. Ahora, es exigida una actividad interpretativa por parte de los jueces cargada de criterios valorativos, lo que, directamente, atinge la objetividad del juzgador<sup>223</sup>.

Por otro lado, no obstante las corrientes que apuntan la utilización por el legislador de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como necesaria en el nuevo contexto que el Estado requiere, apuntando para todas las ventajas, hay otra orientación que hace una lectura diversa de la cuestión.

FERRAJOLI explica el creciente uso de conceptos jurídicos indeterminados por el legislador no como un rasgo, al final, eficiente y necesario; cualifica las indeterminaciones del lenguaje legal, juntamente con las vaguedades y oscuridades como verdaderos vicios jurídicos<sup>224</sup>.

---

<sup>223</sup> LÓPEZ LÓPEZ, Angel M. “Independencia, imparcialidad...”, *cit.*, p. 963.

<sup>224</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34, 2011, traducción al castellano de GUZMÁN, Nicolás, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), fecha 25/04/2014, 22:20, p. 51.

Identifica como la causa del aumento de la proliferación de leyes formuladas en un lenguaje cada vez oscuro, ambiguo, vago e indeterminado la crisis del propio Estado de Derecho<sup>225</sup>.

A principio, puede parecer que lo que ha sido explanado hasta ahora y la tesis de FERRAJOLI parten, por tanto, del mismo punto: la crisis del Estado. Sin embargo, la manera como el autor italiano analiza la crisis es diferente. Él sostiene que la crisis ocurre en los Estados legislativos de derecho (a los que llama paleo-iuspositivistas, y que surgen con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica) y en los Estados constitucionales de Derecho (denominados modelos neo-iuspositivistas, producto de la difusión en Europa, tras la segunda guerra mundial, de las constituciones rígidas y del control, de constitucionalidad de las leyes ordinarias)<sup>226</sup>.

---

<sup>225</sup> Véase FERRAJOLI, Luigi. "Pasado y futuro del estado de derecho", en *Revista internacional de filosofía política*, n. 17, 2001, pp. 31-45; FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, traducción al castellano de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, BAYÓN, Carlos, GASCÓN, Marina, PRIETO SANCHÍS, Luis y RUIZ MIGUEL, Alfonso, vol. 2, p.76-80 y FERRAJOLI, Luigi. "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista" en *Doxa, Cuadernos de Filosofía Jurídica*, n. 34, 2011, traducción al castellano de GUZMÁN, Nicolás, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), fecha 25/04/2014, 22:20, 15-53 pp.

<sup>226</sup> FERRAJOLI, Luigi. "Pasado y futuro del estado de derecho"... cit., p. 31. En su obra *Principia iuris*, el autor explica también la diferencia entre los dos modelos de Estado que propone: "En la experiencia de la Europa continental el estado de derecho en sentido lato o débil ha asumido las formas de lo que llamaré 'estado legislativo de derecho', fruto de la que podemos considerar la primera revolución jurídica moderna: la afirmación del monopolio estatal de la producción legislativa,



Hasta ahora, veníamos hablando de los conceptos jurídicos indeterminados como producto de las transformaciones del ordenamiento jurídico ocurridas en razón de la crisis de Estado Liberal de Derecho. El Estado actual, Estado Social de derecho, ha, entonces, soportado estas transformaciones para llevar a efectos sus fines.

La diferencia del análisis de FERRAJOLI es que la crisis está en el modelo de Estado que propone como actual, el Estado Constitucional de Derecho. En uno de sus aspectos<sup>227</sup>, la crisis afecta al principio de legalidad, y tiene su origen en la inflación legislativa y

---

expresado por las *codificaciones*, y la consiguiente *legitimación formal* de la eficacia de los actos preceptivos, cualesquiera que sean los efectos producidos, en función (*solamente*) de la *forma* legal de las normas que los prevén. El estado de derecho en sentido estricto o fuerte se ha afirmado en cambio como ‘*estado constitucional de derecho*’ gracias a la que podemos considerar la segunda revolución jurídica moderna: la sujeción de toda la producción del derecho a principios normativos, como los derechos fundamentales y el resto de principios axiológicos sancionados por *constituciones* rígidas, y la consiguiente *legitimación sustancial* de la eficacia de todos los actos de poder, incluidos los legislativos, en función (también), de los contenidos o significados que expresan.” en FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*... cit, vol. 1, pp. 461-462.

<sup>227</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del estado de derecho”... cit., p. 35. El autor esclarece los aspectos de manifestación de la crisis del Estado legislativo y del Estado Constitucional: “Ésta crisis se manifiesta en otras tantas formas de regresión a un derecho jurisprudencial de tipo premoderno: por un lado, el colapso de la capacidad reguladora de la ley y el retomo al papel creativo de la jurisdicción; por otro, la pérdida de la unidad y coherencia de las fuentes y la convivencia y superposición de diversos ordenamientos concurrentes”.

en la disfunción del lenguaje legal: “Las leyes, en todos los ordenamientos avanzados, se cuentan ahora ya por decenas de miles y están formuladas en un lenguaje cada vez más oscuro y tortuoso, dando lugar a veces a intrincados enredos y laberintos normativos”<sup>228</sup>.

Esta situación, por ende, caracteriza lo que el autor italiano denomina de verdadera “crisis del lenguaje legal”<sup>229</sup>, caracterizada por la imprecisión y ambigüedad de las formulaciones normativas, oscuridad y algunas veces contradictoriedad, y por la inflación legislativa, que ha comprometido la capacidad regulatoria del derecho<sup>230</sup>.

La crítica, entonces, es dirigida a la política y a la cultura jurídica, pues sería su responsabilidad el actual escenario de mala legislación. En lugar de asumir como inevitables las indeterminaciones del lenguaje legal, debería promover el desarrollo de un lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible<sup>231</sup>.

Ello porque,

“la oscuridad, la vaguedad y la indeterminación del lenguaje legal, aun cuando en alguna medida ineliminables, no son simples defectos de la legislación. Son un vicio jurídico de ésta, porque violan los principios de la separación de los poderes y de la sujeción

---

<sup>228</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del estado de derecho”... cit., p. 36.

<sup>229</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 51.

<sup>230</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 51.

<sup>231</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 51.

de los jueces a la ley, y, por ello, comprometen el mantenimiento del edificio del Estado de Derecho en su totalidad.<sup>232</sup>

Como solución al problema, FERRAJOLI propone la vuelta de la “ciencia de la legislación”, integrándola con la “ciencia de la constitución”, para el desarrollo de una técnica de formulación de normas, legislativas y constitucionales, en un lenguaje “lo más simple, claro y preciso posible”<sup>233</sup>.

De lo expuesto, se concluye que, en la visión de FERRAJOLI, los conceptos jurídicos indeterminados no representarían un instrumento imprescindible para llevar a efecto los nuevos compromisos asumidos por un Estado comprometido con el bien estar; al contrario, serían vicios jurídicos, que deben ser eliminados del ordenamiento jurídico siempre que posible pues, de lo contrario, estarán siendo violados los fundamentos del propio Estado de Derecho.

Un punto es pacífico: delante de éstas circunstancias, la afirmación de que ha crecido la supremacía del juez es axiomática<sup>234</sup>, y ciertamente las transformaciones ocurridas en el ordenamiento jurídico, con la proliferación descontrolada de normas y cambio de

---

<sup>232</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 51.

<sup>233</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 52.

<sup>234</sup> HERNÁNDEZ MARTÍN, Valeriano. *Independencia del juez y desorganización judicial*, Madrid, Ed. Civitas, 1991, pp. 54-69. Así también entiende FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 44, al afirmar que: “se promueven y se alientan tanto el activismo de los jueces como la discrecionalidad de la actividad judicial”.

paradigma en las técnicas de tipificación, con el uso (algunas veces, incluso, abuso) de conceptos jurídicos indeterminados constituyen la principal causa del protagonismo creciente del Poder Judicial.

Ahora bien, tras el análisis de las dos concepciones, retomamos el cuestionamiento inicial: ¿serían los conceptos jurídicos indeterminados la técnica necesaria para llevar a cabo los nuevos fines del Estado o un vicio jurídico insanable?

Para intentar contestar esta cuestión, pasamos a analizar los conceptos jurídicos indeterminados como instrumento de la técnica legislativa, como propone la Ciencia de la Legislación,

#### **A) Los conceptos jurídicos indeterminados como instrumento de la técnica normativa**

Son, los conceptos jurídicos indeterminados, un instrumento de la técnica legislativa que están presentes en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos, y surgen “como manera de regular y generar patrones de conducta que sirvan al conglomerado para el que se legisla, dándoles posibilidades abiertas de resolución aplicables para casos concretos”<sup>235</sup>.

---

<sup>235</sup> NUÑEZ PACHECO, Melissa. *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería, controversias y soluciones*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2013, p. 61

Conceptuando técnica normativa, SAINZ MORENO sostiene que ella no se ocupa del contenido de las leyes, sino del estado de las normas, integradas en un ordenamiento, es decir, “el objeto central de la técnica normativa, es el ordenamiento jurídico en su conjunto”<sup>236</sup>.

Así, la técnica normativa visa la formulación de directrices para la construcción de un ordenamiento jurídico constituido en principios e integrado por normas correctamente formuladas, pues, así, es posible cumplir el principio de seguridad jurídica<sup>237</sup>.

Uno de los grandes temas que se ocupa la técnica normativa es la calidad de las normas, que se manifiesta en su claridad semántica y en su claridad normativa. La primera, dice respecto al uso adecuado del lenguaje ordinario, mientras que la segunda significa la clara expresión de su condición de norma, de su contenido y de su vigencia <sup>238</sup>.

La claridad también es un requisito señalado por LAPORTA que, de la misma forma, supone que *“el ordenamiento jurídico debe vertebrarse en torno a un conjunto de normas emitidas por una*

---

<sup>236</sup> SAINZ MORENO, Fernando. “Problemas actuales de la técnica normativa”, en *Anuario jurídico de la Rioja*, nº 1, 1995, p. 59.

<sup>237</sup> SAINZ MORENO, Fernando. “Problemas actuales...”, cit, p. 59.

<sup>238</sup> SAINZ MORENO, Fernando. “Problemas actuales...” cit, p. 61.

*autoridad reconocida, generales, prospectivas, estables, claras y ciertas*<sup>239</sup>.

La claridad, así, es un requisito exigido de los ordenamientos jurídicos y su exigencia deriva del propio sometimiento de los ciudadanos al orden jurídico. Ello porque las leyes tienen que estar escritas en un lenguaje que pueda ser entendido por todos sus destinatarios<sup>240</sup>. Además, la racionalidad lingüística solicita que quien emite el mensaje sea capaz de comunicarlo con claridad a la audiencia<sup>241</sup>.

Delante de tales exigencias del ordenamiento jurídico, es posible cuestionarse si la utilización de la técnica de legislar por conceptos jurídicos indeterminados, no sería capaz de ofender el requisito de la claridad, y, por ende, afectar la seguridad jurídica, como postulado del Estado de Derecho.

Esto porque, leyes que contienen conceptos indeterminados pueden representar un aflojamiento de la sujeción del juez a la ley, afectando el principio de la de separación de poderes y por

---

<sup>239</sup> LAPORTA, Francisco, citado por ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. “De la jurisprudencia a la legislación”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 15-16, 1994, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com>, fecha 25/04/2014, 21:03, p. 779.

<sup>240</sup> SAINZ MORENO, Fernando. “Problemas actuales...”, cit, p. 62.

<sup>241</sup> ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. *El arte de legislar*, Pamplona, Aranzadi, 2009, pp. 256 y sigs.

consiguiente desestructurar la estructura del Estado de Derecho, ya que, así, afecta la propia legitimación del Poder Judicial.

ZAPATERO GÓMEZ, cuando examina el proceso de la producción normativa, sostiene la necesidad del interés práctico por las técnicas de legislación<sup>242</sup>. No obstante esa necesidad, la doctrina en la actualidad se ocupa mucho más de estudiar las cuestiones relacionadas a la interpretación de las normas que de su producción: “¿Cuál es, entonces, la razón de que haya en la actualidad tantos “intérpretes” y tan pocos “proyectistas” de normas? ¿Por qué se ha ido “desvaneciendo” aquella ciencia de la legislación?”<sup>243</sup>

La retomada de la Ciencia de la Legislación es lo que propone FERRAJOLI como solución para la indeterminación, vaguedad y oscuridad del lenguaje legal, que caracteriza, como ya examinamos, verdaderos vicios<sup>244</sup>:

“La ciencia jurídica debería hoy retomar el programa ilustrado de Gaetano FILANGIERI y de Jeremy BENTHAM de una ‘ciencia de la legislación’, integrándolo con el programa de una ‘ciencia de la constitución’, como la llamó Giandomenico ROMAGNOSI. Pasada la época de las primeras constituciones, que se caracterizaban inevitablemente por un lenguaje declamatorio, nada impide el

---

<sup>242</sup> ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. “De la jurisprudencia a la legislación”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 15-16, 1994, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com>, fecha 25/04/2014, 21:03, p. 771. El autor, todavía, recuerda que no es de hoy que existe el interés por el proceso de la elaboración de la ley y cita las obras de Montesquieu, Beccaría, Rousseau e Ihering.

<sup>243</sup> ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. “De la jurisprudencia...”, cit, p. 771.

<sup>244</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 52-53.

desarrollo de una técnica de formulación de normas legislativas y constitucionales - de las reglas y de los principios, como así también de sus límites y de los límites a sus límites, a su vez enunciado explícitamente – en un lenguaje lo más simple, claro y preciso posible.”,

A través de ella, se trata de determinar los principios sobre los que deben elaborarse las normas si quieren merecer la aprobación; esto es, cómo deberían ser las leyes o cómo serían si fueran buenas leyes, o cómo serían si se adecuaban a una determinada medida<sup>245</sup>.

Pero, la pregunta que hay que hacerse es: ¿Sería el estudio de las técnicas de tipificación, y de las teorías de la legislación la verdadera respuesta para tantos problemas advenidos por la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados por el legislador?

El estudio de la Teoría de la Legislación podría, sí, ofrecer más soportes al legislador, en el momento de hacer la ley. Sin embargo, simplemente apostar en la teoría de la legislación como la solución para las indeterminaciones del lenguaje jurídico, seguramente, no es la mejor alternativa.

En primer lugar porque hay que tener en cuenta que, ni siempre es del interés del legislador la eliminación total de conceptos indeterminados.

---

<sup>245</sup> ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. “De la jurisprudencia...”, cit, p. 771, comentando la teoría de Austin, por ejemplo. Cita, aún como referencia a las obras de Bentham, Dicey, Llewellyn o R. Pound.



No es por desconocimiento de los métodos que opta por la utilización de ese instrumento de la técnica normativa. El legislador deja, voluntariamente, al juez, el concepto indeterminado, por todas las ventajas que presenta.

Por otro lado, hay los inconvenientes y problemas que pueden ser causados por su utilización, como, incluso, ya examinamos en los tópicos pasados. Pero, siquiera estos trastornos son capaces de justificar la existencia de un ordenamiento jurídico sin conceptos indeterminados. El propio FERRAJOLI lo admite ello, cuando sostiene que existe sí oscuridad, vaguedad e indeterminación del lenguaje legal que son, “en alguna medida ineliminables”<sup>246</sup>.

La extinción de conceptos jurídicos indeterminados por el legislador ciertamente pondría un punto final en muchas discusiones que se traban en torno de ello. Pero hay que evaluarse si realmente esta sería la mejor alternativa.

Ello porque su eliminación de los ordenamientos jurídicos traería incontables perjuicios, tomándose en cuenta todas las ventajas que la utilización del concepto carente de determinación aporta.

En segundo lugar, GREPPI, haciendo un análisis crítico de la propuesta de FERRAJOLI, concluye que, retomar los programas de la ciencia de la Legislación, para la formulación de normas legislativas

---

<sup>246</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 51.

y constitucionales en un lenguaje más claro, simple y preciso, tampoco sería la solución, porque las complicaciones e inconvenientes no aparecen solamente en razón de la falta de claridad, precisión, rigor o porque el lenguaje esté mal formado. El problema surge en el momento de determinar su correspondencia con la realidad; y esta realidad no es compuesta solamente de objetos que puedan ser identificados, es decir, “el Derecho trata de objetos (...) que están hechos de una materia que está en permanente transformación.”<sup>247</sup>

En tercer lugar, continúa GREPPI afirmando que el otro motivo que desabona la tesis de FERRAJOLI es que, en algunos casos, el problema no está en la incertidumbre del término, o en el hecho de que una norma haya dejado de ser clara; el problema está en la incompatibilidad entre la percepción que se tiene de las cosas y su caracterización en la lengua del Derecho<sup>248</sup>.

Pues bien, la existencia de los conceptos jurídicos indeterminados en los ordenamientos jurídicos, en razón de los motivos expuestos, debe ser mantenida. Es por medio de esta técnica que es posible llevar a efecto los fines propuestos por el Estado Social y Democrático de Derecho.

---

<sup>247</sup> GREPPI, Andrea. “Semántica, pragmática y democracia”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N. 34, 2011, disponible en <http://cervantesvirtual.com>, fecha 02/02/2014, 08:01, p. 147.

<sup>248</sup> GREPPI, Andrea. “Semántica, pragmática... cit.”, p. 149.

Sin embargo, para que su existencia no viole los principios de separación de poderes y de la Legitimación del Poder Judicial, hay que encontrar medios para conciliar la utilización de la técnica legislativa, con todos sus beneficios, y la observancia de los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho.

Estos medios constituyen la solución para las grandes indagaciones de este trabajo, y será desarrollada en el último capítulo.

### **3. La seguridad jurídica y su relación con los conceptos jurídicos indeterminados**

#### **A) Seguridad jurídica: nociones generales**

La seguridad, en sentido amplio, es definida como certeza, “conocimiento claro y seguro de algo”<sup>249</sup>. Ya considerando en sentido más estricto, trasladando el concepto para el campo jurídico, tenemos, así, que seguridad jurídica es la “cualidad del ordenamiento jurídico, que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación”<sup>250</sup>. Tal previsibilidad de la aplicación de las normas genera una expectativa sobre la conducta de los demás, de cierto modo, una certidumbre de lo que va a ocurrir, porque

---

<sup>249</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª. edición, Madrid, Ed. Espasa Calpe, 2001, tomo II, p. 2040.

<sup>250</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario...*, *cit.*, p. 2040.

hay una regularidad constante de las conductas de la mayoría de los miembros de un determinado grupo<sup>251</sup>.

La seguridad jurídica fue uno de los valores conquistados por la Revolución Francesa y es hoy, en los Estados Democráticos de Derecho, principio básico de su existencia y función indispensable de los ordenamientos jurídicos<sup>252</sup>.

La justificativa de la relevancia de la seguridad jurídica se encuentra nuevamente en la Revolución Francesa, que ha sido la reacción contra el Estado absoluto. Es lógico concluir que, frente al poder ilimitado en las manos del soberano, uno de los ideales por alcanzar de los revolucionarios fuera la seguridad jurídica. Sería la fórmula contra los abusos y ésta era la aspiración en aquél momento histórico.

El camino encontrado para alcanzar la pretendida seguridad jurídica fue el establecimiento del imperio de la ley y la consecuente vinculación del juez a ella. Así, sería posible la creación de un ambiente jurídico de plena seguridad, es decir, era la garantía de que lo que prescribía el texto legal sería cumplido.

En este contexto, una vez establecida la prioridad de la seguridad jurídica, una decisión justa significaba la vinculación del juez a la letra de la ley. Sin embargo, a una decisión resultado del

---

<sup>251</sup> LAPORTA, Francisco J. "Imperio...", *cit.*, p. 109.

<sup>252</sup> PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica*, 2ª edición, Barcelona, Ed. Ariel, 1994, pp.26-27.

sometimiento irrestricto del juez a la ley ni siempre se podría asegurar la satisfacción de las aspiraciones de las partes del litigio, la solución equitativa del caso concreto. Asimismo, este era el precio a se pagar por la seguridad jurídica, coste que la sociedad de la época estaba dispuesta a soportar.

Sin embargo, el momento histórico actual revela que la seguridad jurídica no está más simplemente en el juez pronunciar las palabras de la ley. La verdadera justicia anhelada por la sociedad va más allá del simple sometimiento del juez a la ley. Hoy la sociedad aspira por decisiones que satisfagan efectivamente sus pretensiones y, por tanto, cargadas de justicia. Ésta es la seguridad jurídica, fundamento del Estado de Derecho, clamada por la sociedad actual.

Pero, el Estado de Derecho que se intitula Social hay que tener como una de sus directrices la prestación jurisdiccional eficaz, y consecuentemente, justa. La respuesta que la sociedad espera del Estado Social es la justicia.

Hay una aparente tensión entre la seguridad entendida como previsión y la seguridad entendida como exigencia de justicia. Pero ésta tensión se resuelve en el momento en que se admite que “el concepto de seguridad jurídica no sólo hace referencia a la previsibilidad sino también a la justicia”<sup>253</sup>.

---

<sup>253</sup> CALSAMIGLIA, Alberto. *Introducción a la ciencia jurídica*, 3ª edición, Barcelona, Ed. Ariel, 1990, p. 141.

Asimismo, sostiene LARENZ que “hoy el péndulo se inclina muy claramente hacia el lado de la justicia del caso”<sup>254</sup>, y la aspiración de los jueces en resolver “justamente” los casos a ellos sometidos es no solo un factor favorable para la seguridad jurídica, sino que se revela una aspiración legítima.

Por otro lado, tampoco se debe olvidar que es la sujeción del juez a la ley un principio fundamental y el instrumento adecuado para conseguir uno de los fundamentos básicos del derecho que es la seguridad jurídica.

Por tanto, para tenerse el valor seguridad jurídica garantizado integralmente, tanto la justicia de la decisión como la vinculación del juez a la ley son exigencias que deben estar presentes a la hora de juzgar un caso concreto. En las palabras de CALSAMIGLIA<sup>255</sup>:

---

<sup>254</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 346. En es mismo sentido, CALSAMIGLIA, Alberto. *Introducción...*, cit., p. 108: Tras analizar la que denomina “primera regla de la dogmática”, según la cual el juez está sometido a la ley, sostiene que, sin embargo, “esta no es la única regla de la dogmática. Los jueces y operadores jurídicos consideran que su función es dictar sentencias o resoluciones justas, adecuadas y eficientes. Pocos jueces están dispuestos a dictar sentencias que sean contradictorias con valores importantes constitutivos de esa sociedad. La justicia es uno de los fines del derecho y los jueces no deben ser otra cosa que servidores de la justicia.” También interesante la reflexión de GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. *Las transformaciones del derecho en la sociedad global*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi-Thompson Reuters, 2010, p. 118, respecto de la seguridad jurídica: “La seguridad no es inmanente al Derecho positivo, sino a las vivencias éticas y a las aspiraciones de justicia de la sociedad.”

<sup>255</sup> CALSAMIGLIA, Alberto. *Introducción...*, cit., pp. 113-114.

“La regla de la sujeción al derecho y a la ley pretende garantizar el valor seguridad jurídica mientras que la regla de la justicia del caso pretende garantizar el valor de la justicia material y eficiencia. El conflicto entre reglas supone conflicto entre valores subyacentes. Estos valores se consideran constitutivos de la sociedad y ésta no está dispuesta a renunciar *in toto* a alguno de ellos y por esta razón mantiene los dos a la vez. Por eso se mantienen tesis cíclicas, en tanto no se puede regir únicamente por una de las dos reglas porque los valores que comprometen son demasiado relevantes para rechazarlos para siempre. Y creo que, en este sentido, el esfuerzo dedicado a discutir los valores y sus consecuencias constituye la columna vertebral del razonamiento jurídico: la política ocupa un lugar muy importante en la comunidad dogmática”.

Así, constituye la noción de seguridad jurídica la justicia de la decisión, pero también la vinculación del juzgador a la ley. Una decisión injusta, mismo que resultado del sometimiento irrestricto del juez a la ley, es totalmente en contra la seguridad jurídica.

### **B) Seguridad jurídica y propiedades formales de las reglas**

Para que haya seguridad jurídica, se exige que las normas presenten ciertos rasgos o propiedades estructurales: que sean públicas y estén promulgadas, que sean generales y abstractas, estables, claras, posibles, no-retroactivas y precisas.

La primera exigencia es que las reglas han de ser públicas y estar promulgadas, es decir, han de ser dadas a conocer a sus destinatarios, de manera que puedan saber de su existencia de un modo cierto y les sea accesible la formulación lingüística de su contenido y alcance<sup>256</sup>. Al contrario, tener reglas secretas o

---

<sup>256</sup> LAPORTA, Francisco J. “Imperio...”, *cit.*, p. 113.

inaccesibles, sería una brutal amenaza a la seguridad jurídica, porque los destinatarios no tendrían la posibilidad de conocer *ex ante* los comportamientos permitidos y los prohibidos.

Se exige también que las reglas tengan una cierta tendencia a la generalidad y a la abstracción. Ello significa que deben estar dirigidas a un universo amplio de destinatarios definidos por ciertos rasgos comunes. La ley, expresión de la voluntad general, debe ser expresada a través de determinaciones también generales y no de prescripciones particulares. Ya la abstracción dice respecto al contenido normativo; consiste en regular o normar un contenido definido mediante rasgos típicos y no mediante rasgos particulares. Por tanto, en la medida que la norma sea menos general y menos abstracta, más grande es la agresión a la seguridad jurídica, porque sólo con normas suficientemente generales y abstractas es posible anticipar con seguridad las constantes de la convivencia; es justamente esa expectativa cierta sobre la conducta de los demás que posibilita un primer grado de seguridad<sup>257</sup>.

La estabilidad es otra propiedad exigida de las reglas para que exista seguridad. Sin embargo, es importante destacar que no deben ser ni efímeras, ni eternas, porque ambos los dos extremos pueden ser atentatorios a la seguridad jurídica<sup>258</sup>. Así que, la estabilidad exigida es la que permite al destinatario confiar que las normas vigentes ayer lo continúan hoy, pero que hay la posibilidad de

---

<sup>257</sup> LAPORTA, Francisco J. "Imperio...", *cit.*, pp. 109-111.

<sup>258</sup> LAPORTA, Francisco J. "Imperio...", *cit.*, p. 112.



interrumpirlas o alterarlas, dentro del debido procedimiento, si la situación social, económica o política así exigirlo.

Además de las propiedades citadas, hay el requisito de la claridad, por el cuál se exige que las reglas sean claras, de manera que las leyes sean pocas y sencillas para que todos sus destinatarios las conozcan y las entiendan<sup>259</sup>. Sin embargo, como el ordenamiento jurídico es actualmente muy complejo, conforme ya se ha apuntado anteriormente, éste acaba por ser un requisito de muy difícil observancia. Por ese motivo, la principal finalidad de tal exigencia es simplemente evitar problemas de oscuridad e imprecisión, características que pueden representar una amenaza a la seguridad jurídica.

La posibilidad es otro de los rasgos que deben tener las reglas supone que las normas impongan acciones o conductas posibles. Así, si hay dos normas prebendo conductas contradictorias, seguramente una de ellas es imposible, situación ésta que afecta indubitadamente la seguridad jurídica<sup>260</sup>.

Se exige que la norma, aún, sea prospectiva y no retroactiva, es decir, no será imputada sanción a una conducta realizada antes de la promulgación de ésta norma sancionadora. Al contrario, el ataque a la seguridad jurídica sería evidente, porque sería imposible saber se una acción practicada hoy sería castigada mañana.

---

<sup>259</sup> LAPORTA, Francisco J. "Imperio...", *cit.*, pp. 113.

<sup>260</sup> LAPORTA, Francisco J. "Imperio...", *cit.*, pp. 114.

Todavía, de especial importancia para el presente trabajo, hay la exigencia de que no haya imprecisión en las normas jurídicas. Es exactamente en éste tópico que se encuentra el problema de los conceptos jurídicos indeterminados, y su relación con la seguridad jurídica.

### **C) Seguridad jurídica e imprecisión de las reglas: los efectos de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados**

El concepto jurídico indeterminado refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado. Así, la tarea de precisar esos límites, de concretar el concepto es del juez que ejerce, inevitablemente, una labor colmada de criterios valorativos. Tal situación puede, así, representar una amenaza a la seguridad jurídica<sup>261</sup>.

Conforme ya subrayamos, para que un ordenamiento jurídico sea perfecto debe presentar, según señala BOBBIO, las características de unicidad, coherencia e integridad<sup>262</sup>.

De las características citadas, se extrae una otra peculiaridad: la exigencia de que no haya imprecisión en las normas jurídicas. La imprecisión es la zona donde se ubica el problema de los conceptos

---

<sup>261</sup> Son muchos los autores que se manifiestan en el sentido de cuestionar la situación de la seguridad jurídica en la labor interpretativa del juez delante de la presencia de los conceptos jurídicos indeterminados. Entre ellos, se destacan HECK, Philipp. *El problema...*, cit. y ENGISCH, Karl. *Introducción...*, cit.

<sup>262</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría...*, cit., pp. 153-282.

jurídicos indeterminados, así como su relación con la seguridad jurídica.

Algunos conceptos, términos o enunciados, por su propia naturaleza, suelen tener un grado mayor o menor de indeterminación. Ya ha sido dicho en el presente estudio que, no sólo no hay cómo evitar la utilización de esos términos por el legislador, sino que, en algunos casos, su manejo es hasta necesario. Sin embargo, la utilización deliberada de conceptos de gran vaguedad, de términos ambiguos, de expresiones de significado abierto, de cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados produce inmediatamente la falta de certidumbre sobre la aplicabilidad de las normas a un supuesto. Y esa falta de certidumbre puede ser considerada un efecto que va de encuentro a la seguridad jurídica.

En el mismo sentido, resalta ENGISCH respecto de la preferencia por normas determinadas en el ordenamiento jurídico. Dice él que está fuera de cuestión que un derecho “determinado” ha de preferirse a un derecho indeterminado.

Ya la ilustración se esforzó por el carácter determinado del derecho, en razón del panorama de la época. Fue, en realidad, una respuesta a los arbitrios judiciales que predominaban, garantizando, de ésta manera, la seguridad y la libertad civil. Las leyes deberían determinarse de tal manera que vinculasen unívocamente al juez. Cualquier indeterminación de la ley, que permitiera al juez crear el derecho, configuraba un verdadero afronte a la teoría de la división

de los poderes<sup>263</sup>. El juez debería respetar el contenido de la ley y satisfacer el requisito de la previsibilidad, lo que supone vincular el propio concepto de seguridad jurídica a “seguridad legal”<sup>264</sup>.

Hoy, sin embargo, al contrario de lo que en un primer momento pueda concluirse, la utilización por el legislador de los conceptos jurídicos indeterminados no es un riesgo para la seguridad

---

<sup>263</sup> ENGISCH, Karl. *La idea de concreción...*, cit., p. 178-179.

<sup>264</sup> GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. *Las transformaciones del derecho...* cit., p; 117. Comentando la noción de seguridad jurídica en la Ilustración, la autora sostiene que: “Todos los problemas concurrentes eran fácilmente resueltos por la analogía, las reglas subsanadoras de antinomias o los criterios de interpretación. Sus pilares se resumen en la creencia de que el sistema jurídico contiene respuestas preexistentes para todos los problemas; en la creencia de que la doctrina de la separación de poderes hace que sean los legisladores los que creen Derecho; en la creencia de que cuando un legislador constituye Derecho nuevo no ha de olvidar que se ha de armonizar con el preexistente; en la creencia de que el verdadero Derecho está en los textos escritos; en la creencia de que la abstracción y la generalidad son virtudes; en la creencia de que la pieza clave del razonamiento jurídico radica en la lógica interna inserta en los conceptos; en la creencia de que las decisiones judiciales han de justificarse por la subsunción de su resultado en los conceptos generales de las reglas jurídicas; y en la creencia en la certeza y predecibilidad. De forma que, en el modelo liberal de seguridad, hay una conexión entre las exigencias de seguridad del Derecho y los caracteres de una organización social y política consustancial al Estado moderno. Todo lo cual hace que vinculemos a aquélla con la legalidad, hablando más correctamente se seguridad legal. La citada concepción sigue la directriz iniciada desde la modernidad, y llega a su perfección con el pensamiento ilustrado de un tipo de Derecho sistemático y estable.”

jurídica. La formulación indeterminada de la ley hasta favorece la creación y el mantenimiento de la seguridad<sup>265</sup>.

Es que la rigidez de las normas de formulación exacta, por limitar la apreciación judicial a aquellas circunstancias que se encuentran dentro del marco del plan normativo del legislador, puede ir en contra de los sentimientos de justicia. Ya los conceptos jurídicos indeterminados permiten tomar debidamente en cuenta las peculiaridades del caso, lo que facilita, seguramente, llegarse a una decisión justa<sup>266</sup>.

Hay opiniones, por otro lado, en el sentido de que la presencia de conceptos jurídicos en las leyes representaría, sí, un problema para la seguridad jurídica. Sin embargo, de igual forma, mismo los que entienden así, sostienen que, aún es mejor mantener los conceptos jurídicos indeterminados en los ordenamientos jurídicos y “pagar el coste” en materia de seguridad jurídica<sup>267</sup>.

---

<sup>265</sup> Ya analizamos también, en este Capítulo, los fundamentos para rechazar la propuesta de FERRAJOLI, de eliminación de la indeterminación del lenguaje legal (considerada por él “vicio” jurídico), por medio de la retomada de la “ciencia de la legislación.

<sup>266</sup> HENKE, Horst-Eberhard. *La cuestión de hecho...*, cit., p. 62.

<sup>267</sup> Por ejemplo, ARA PINILLA, Ignacio. “Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, en *Anuario de filosofía del Derecho*, n. 21, 2004, disponible en <http://dialnet.unirioja.es> al 10/02/2015, p. 114 y GARCÍA SALGADO, María José. “Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean” en *Anuario de filosofía del derecho*, disponible en <http://dialnet.unirioja.es> al 24/04/2014 n. 20, 2003, p 114.

Con todo, no compartimos de estas tesis. Afirmar que la utilización de conceptos carentes de determinación puede resultar perjuicios para la seguridad jurídica significa admitir la violación de uno de los principios básicos del Estado de Derecho.

Por todas las ventajas y beneficios de esta técnica legislativa, un ordenamiento jurídico permeable y flexible es uno de los mejores instrumentos para que el Estado lleve a efectos los nuevos y legítimos fines a que se propuso, delante de tantas transformaciones habidas en los últimos años.

Y dejar al juez la concreción de conceptos abiertos es, sin duda, la manera más eficaz de decidir equitativamente el caso concreto; así, consecuentemente, se estará no violando, pero promoviendo y asegurando la seguridad jurídica, del Estado Social y Democrático de Derecho, y no aquél concepto limitado de seguridad tenido por lo ilustración.

Por otro lado, vale poner de relieve, una vez más, que la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados no debe ser deliberada, y sí, limitada, justamente para garantizar la seguridad jurídica. Así, aunque de forma limitada, los conceptos jurídicos abstractos deben ser utilizados por el legislador, porque “la norma no

debe ser tan determinada que por ello se vea perjudicado lo que la justicia y la equidad exigen”<sup>268</sup>.

También, la utilización de conceptos carentes de determinación permite adaptar la ley al cambio de las circunstancias, preservándola, así, de la petrificación<sup>269</sup>. Ciertamente, la garantía de que la ley será aplicada al caso concreto de acuerdo con los cambios ocurridos desde la elaboración de la ley es un fundamento más que salvaguarda la seguridad jurídica, y la propia justicia de la decisión.

---

<sup>268</sup> ENGISCH, Karl. *La idea de concreción...*, cit., p. 179.

<sup>269</sup> HENKE, Horst-Eberhard. *La cuestión de hecho...*, cit., p. 63.

### Capítulo III

## LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

### 1. La creación judicial del Derecho<sup>270</sup>

En un primer momento, puede parecer contradictorio establecer que la legitimación del Poder Judicial está en la vinculación del juez a la ley y que, al mismo tiempo, este juez, en algunos casos, puede crear el Derecho.

Teniendo como fundamento que el poder se presenta dividido en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, a *prima facie*, se constata que desempeñan la función ejecutiva, legislativa y jurisdiccional, respectivamente. Pero cada poder, en el ejercicio de su función, queda sometido a la consecución de los fines marcados por la orientación política general y unitaria del Estado, lo que supone una

---

<sup>270</sup> Entendemos que en este momento es pertinente una observación: no hace parte del objetivo de este trabajo analizar los métodos de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados. Seguramente que esta propuesta significaría, ella sola, otro trabajo de tesis. Lo que sí examinaremos son las principales corrientes de pensamiento sobre la creación judicial del derecho, y hasta qué punto es legítimo en el Estado Social y Democrático de Derecho esta postura del Poder Judicial.



coordinación entre los poderes y transferencias recíprocas de ciertas competencias entre los mismos<sup>271</sup>.

Así, un Poder puede ejercer en determinadas parcelas funciones de los otros, pero “sin que llegue a desnaturalizar la función propia de cada uno, tanto desde un punto de vista material como orgánico, debido a que todo Poder se reserva la esencia o núcleo de su concreta y prevalente función”<sup>272</sup>.

Tratando específicamente de la función jurisdiccional, es indiscutible que hace parte de su esencia la actividad creadora del juez en la labor de la interpretación. La separación tajante entre la función del Poder Legislativo como creador de las normas generales y el Poder Judicial como mero aplicador de esas normas resulta insostenible<sup>273</sup>. Notadamente en el siglo XX, la creatividad del juzgador experimentó una mayor intensificación, en función de varios factores y exigencias fundamentales, de carácter económico, político, constitucional y social<sup>274</sup>.

---

<sup>271</sup> SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*, Madrid, Ed. Civitas, 2002, p. 45. En el mismo sentido, véase TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A criação e realização do direito na decisão judicial*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2003, pp. 5 y ss.

<sup>272</sup> SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. *Las funciones...*, cit., p. 45.

<sup>273</sup> BULYGIN, Eugenio. “Los jueces ¿crean derecho?”, en *La función judicial. Ética y democracia*, compiladores MALEN, Jorge, OROZCO, Jesús y VÁZQUEZ, Rodolfo, Barcelona, Ed. Gedisa, 2003, p. 35.

<sup>274</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre, Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1999, traducción al portugués de OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de, pp. 31 y ss.

Y, delante de este crecimiento de la actividad creadora del juez, es posible cuestionar: ¿Está el juez asumiendo el papel del legislador? O, en otras palabras, ¿se iguala la función judicial a la legislativa y acaban los jueces por invadir el dominio del Poder Legislativo?<sup>275</sup>

Para contestar a estas preguntas, hay que tener delimitados cuales son los límites de la actividad judicial creadora. El actuar del juez está nortado por su sometimiento a la ley, y es la propia ley quien fija estos límites. Es decir, cuanto más abierta e indeterminada es la regla a ser aplicada, más márgenes de creación tendrá el juez. Esta concepción es mantenida por SEGURA ORTEGA<sup>276</sup>:

“La conexión entre norma y sentencia es flexible y tal flexibilidad posibilita la obtención de resultados incluso contradictorios. Me parece que ésta es la intención del propio legislador cuando formula reglas generales. Hay en ello una cierta complicidad que permite amplios márgenes a la actividad judicial.”

La creación del Derecho por el juez está, de esta forma, limitada por la propia norma aplicada. Y ahí es posible ya trazar algunos esbozos de la respuesta a las cuestiones antes formuladas, respecto de si el juez está asumiendo las funciones del legislador. Hay una diferencia entre la labor de ambos. Mientras la creación efectuada por el legislador se reviste de un carácter “autónomo”, la

---

<sup>275</sup> La polémica es sugerida por CAPPELLETTI, Mauro. *Juíces...*, cit., p. 73.

<sup>276</sup> SEGURA ORTEGA, Manuel. *La racionalidad jurídica*, Madrid, Ed. Tecnos, 1998, p. 84.

del juez presenta un carácter “heterónomo”, aunque el grado de autonomía del legislador también esté limitado por el alcance normativo de la Constitución<sup>277</sup>.

Ahora bien, el hecho de que sea incuestionable la creación del Derecho por los jueces no otorga al Poder Judicial la prerrogativa de actuar sin límites. La práctica judicial exige una labor de creación, y no de mera indagación de las normas en la interpretación del Derecho, y de ahí deriva que “situar la interpretación del Derecho en el plano de la creación y no del descubrimiento, implica una consideración del poder judicial como poder efectivo y no meramente neutral en las relaciones entre los poderes del Estado, y su incidencia social”<sup>278</sup>.

Es importante subrayar que el ejercicio desmedido de ese poder de creación (el denominado activismo judicial) constituye una usurpación por el Poder Judicial de las funciones legislativas<sup>279</sup>, y en éste caso sí podríamos contestar afirmativamente la cuestión antes formulada: el Poder Judicial estaría asumiendo la función del Legislativo.

---

<sup>277</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Ed. Tecnos, 1987, p. 114.

<sup>278</sup> BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *La interpretación de la constitución por la jurisdicción ordinaria*, Madrid, Ed. Civitas, 1990, p. 165.

<sup>279</sup> ORDÓÑEZ SOLÍS, David. *Jueces, derecho y política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*, Navarra, Ed. Thomson Aranzadi, 2004, pp. 84-85.

Los criterios que debe utilizar el juez para la resolución de los conflictos no son, por tanto, simplemente los legales. Por el contrario, él puede y debe utilizar otras técnicas para construir criterios de resolución de conflictos. Pero, no es libre a la hora de elegir entre los criterios porque debe razonar por qué el que aplica es más eficaz, más justo o más adecuado. Por todo ello,

“La actividad de decisión – (...) – no puede ser tan irracional que se deje al humor o al sentimiento de simpatía del juez. El aspecto creativo de la profesión jurídica se encuentra en su capacidad de inventar argumentos persuasivos para demostrar que su criterio es el racional. La importancia práctica de la argumentación en el funcionamiento del derecho implica el abandono de la estricta sumisión a la ley y la aceptación del papel de la razón en la controversia jurídica”<sup>280</sup>.

Delante de todo lo expuesto, es fácil concluir que los conceptos jurídicos indeterminados son instrumentos utilizados por el legislador que no sólo permiten, sino que exigen del juzgador una actitud creativa, cargada de criterios valorativos a la hora de la interpretación.

Considerar los límites, que son establecidos por la propia ley, de la creatividad del juez en su labor interpretativa es, así, la clave para garantizar el ejercicio legítimo del Poder Judicial. Sin embargo, si la ley misma ofrece al juez conceptos jurídicos indeterminados, los límites son de difícil y peligrosa visualización; para la concreción de estas figuras abstractas el juez tiene un margen de libertad enorme, y son, así, necesarios criterios más específicos para legitimar su

---

<sup>280</sup> CALSAMIGLIA, Alberto. *Introducción a la ciencia jurídica*, 3ª edición, Barcelona, Ed. Ariel, 1990, p. 106.

actividad. La cuestión en realidad se constituye el núcleo problemático del presente estudio y toma rumbos oscuros, que serán aclarados en el intento de encontrar alternativas más allá de la vinculación del juez a la ley para la legitimación del Poder Judicial.

## **2. Breve histórico de la cuestión**

La cuestión de la creación judicial del Derecho, y del consecuente comportamiento del juez delante de los conceptos jurídicos indeterminados ya ha sido analizada innumeradas veces, y viene sufriendo tratamiento diferente según el momento histórico.

Las posiciones respecto del tema marcan nítidamente corrientes de pensamiento opuestas. Son propuestas que van: desde el positivismo normativista de la escuela exegética francesa y de la histórica alemana; pasando por la jurisprudencia de conceptos, caracterizada fundamentalmente por considerar el Derecho un sistema conceptual montado sobre la norma y sobre la creencia en la lógica inmanente del ordenamiento jurídico positivo; por la jurisprudencia de intereses, reacción antiformalista y anticonceptualista; hasta llegar al extremo de los planteamientos de la escuela del derecho libre, y otras direcciones metodológicas más recientes superadoras del normativismo dogmático y con proposiciones más equilibradas<sup>281</sup>.

---

<sup>281</sup> Las corrientes metodológicas más significativas en la evolución del positivismo legalista al positivismo judicialista son analizadas por LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*, Madrid, Ed.

## A) Escuela Exegética Francesa

El siglo XIX, siglo codificador por excelencia, es marcado por el dominio de ideas de legalismo estricto. La publicación en Francia del *Code* de Napoleón, sosteniendo los valores y principios consagrados por la Revolución, representó, en realidad, la vuelta al método exegético del Derecho Romano.<sup>282</sup>

Con eso, el Código asume el papel protagonista, pues para los juristas de la Escuela Exegética Francesa, reunía y agotaba todo el Derecho, razón por la cual prometen a él fidelidad y fe inquebrantable<sup>283</sup>.

La norma era, así, considerada sólo formalmente. El positivismo y el racionalismo más exagerado constituían el fundamento de esta Escuela, que sostenía que la interpretación del Derecho positivo iba dirigida exclusivamente a buscar la intención del

---

Civitas, 2002, pp. 35-68. Interesante el estudio de LARENZ, Karl. *Metodología...*, *cit.*, pp. 31 y ss..

<sup>282</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, *cit.*, p. 38.

<sup>283</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, *cit.*, p. 39. La sumisión al *Code* queda evidente en LAURENT, citado por DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 51: "Os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete, este não tem mais por missão fazer o direito: o direito está feito. Não existe mais incerteza, porque o direito está escrito nos textos, já há a segurança dos textos. Mas para que esta vantagem dos códigos seja real, é preciso que os juristas e os juízes aceitem a sua nova posição de subalternos ao Código."

legislador plasmada en los textos del *Code*, que era la única fuente de resolución de todos los problemas jurídicos, tanto en el plano de la creación como en la aplicación del Derecho<sup>284</sup>.

Las decisiones jurídicas, así, no eran más que la conclusión de un silogismo, en que la premisa mayor es la ley y la menor el enunciado de un hecho concreto. La función del aplicador se resumía a subsumir los hechos a la determinación abstracta de la ley, es decir, la función judicial era entendida como un proceso de deducción lógica, imperando la aplicación mecánica del Derecho<sup>285</sup>.

## **B) Escuela Histórica Alemana**

La Escuela Histórica fue para Alemania el marco del surgimiento de la moderna Ciencia Jurídica, así como lo fue la Escuela Exegética para Francia. Sin embargo, mientras que en Francia el Código de Napoleón era el fundamento del pensamiento exegético, en Alemania, por otro lado, revela su lucha en contra de la codificación<sup>286</sup>. No obstante esta diferencia esencial, la Escuela Histórica Alemana tiene muchos puntos en común con la Exegética Francesa, pues ambas sostienen el culto al positivismo normativista, con la diferencia de que en Alemania este positivismo “surgía y emanaba de la historia de cada pueblo”<sup>287</sup>.

---

<sup>284</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 39.

<sup>285</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução...* cit., p. 52.

<sup>286</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 38.

<sup>287</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 43.

El nombre más significativo es SAVIGNY, que entendía la interpretación como una elaboración del Derecho, estructurada en dos fases, siendo que una considera cada ley separadamente, y otra todas las leyes en su conjunto, de modo tal que el Derecho positivo se complete así mismo<sup>288</sup>.

### C) Jurisprudencia de conceptos

Cimentada sobre las bases del Derecho Natural y de la Escuela Histórica Alemana, surgió la Jurisprudencia de Conceptos, sosteniendo ser el Derecho “un sistema conceptual montado sobre la norma y sobre la creencia en la lógica immanente del Ordenamiento jurídico positivo”<sup>289</sup>.

Los juristas alemanes que desarrollaron estas ideas quedaron conocidos como *pandectistas* del siglo XIX. PUCHTA, seguidor de SAVIGNY, se destaca como el precursor de la jurisprudencia de conceptos, por haber propuesto la “genealogía de conceptos”, que consistía en una pirámide de conceptos del sistema construido según las reglas de la lógica formal<sup>290</sup>.

LARENZ hace interesante análisis de la estructura de la pirámide de conceptos, aclarando el pensamiento de PUCHTA:

“El sistema conceptual según las reglas de la Lógica formal se asemeja, por así decir, a una pirámide. El concepto ‘supremo’, la

---

<sup>288</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 44.

<sup>289</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 44.

<sup>290</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 41.



cúspide de toda pirámide, está a gran altura de la base; pero permite, justamente por ello – imaginémonos la pirámide transparente – el más amplio panorama. Si se sube desde la base, se deja debajo de sí, en cada paso, un corte transversal. De corte en corte, la pirámide pierde anchura y gana en altura. Cuanto mayor sea la anchura, es decir, la cantidad de materia, tanto menor es la altura, es decir, la posibilidad de panorama – y a la inversa. La anchura corresponde al contenido; la altura a la extensión (ámbito de aplicación) de un concepto ‘abstracto’. El ideal del sistema lógico se consigue plenamente cuando en la cúspide está un concepto generalísimo, bajo el cual es posible subsumir todos los demás conceptos, es decir, los de clases y subclases, al que, por tanto, se puede ascender desde cualquier punto de la base a través de una serie de escalones intermedios, eliminando cada vez lo especial.”<sup>291</sup>.

A través de la imposición del procedimiento lógico-deductivo de la jurisprudencia de conceptos sobre todos los demás métodos, PUTCHA abrió las puertas al formalismo jurídico, que dominó durante más de un siglo y que supone el alejamiento definitivo de la Ciencia del derecho de la realidad social, política y moral del Derecho<sup>292</sup>.

Las proposiciones de PUTCHA fueron programadas por IHERING, que en un primer momento de su pensamiento reveló ser uno de los portavoces de esta corriente conceptualista. Sostenía que la tarea sistemática de la ciencia del Derecho consistía en descomponer las diversas instituciones jurídicas, y todas las proposiciones que a ellas se refieren, en sus elementos lógicos. El

---

<sup>291</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p 40. En el mismo sentido, explicando la pirámide de conceptos, KAUFMANN, Arthur. “Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho”, en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Ed. Debate, 1992, traducción al castellano de MARTÍNEZ BRETONES, María Virginia y ROBLES MORCHÓN, Gregorio, p. 115.

<sup>292</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p 40.

fundamento de la jurisprudencia de conceptos apuntaba a la fase de la “construcción jurídica”, a la cual se llegaría a través de los procesos del análisis y de la concentración<sup>293</sup>.

En este esquema, el análisis, en cuanto fase inicial, seguiría la fase de concentración lógica. La labor del jurista sería en el sentido de unificar y recomponer, para buscar y localizar el elemento común o principio informador básico de las disposiciones concretas y aisladas. La concentración lógica se produce, entonces, exactamente, con la obtención de dicho principio<sup>294</sup>.

Así, se llega finalmente a la fase de la construcción jurídica que, aunque iniciada por PUTCHA y programada por IHERING, tiene en WINDSCHEID su principal representante.

Para WINDSCHEID, la construcción jurídica era “reconducción de una relación de derecho a los conceptos en los que se funda”<sup>295</sup>. Afirmaba que la inducción era la primera fase de la elaboración y construcción de los conceptos, pasando enseguida a la fase de la sistematización u ordenación de los conceptos dentro de un sistema racional, de acuerdo con su contenido. Sólo entonces se pasaba a la fase de la aplicación de los conceptos a los supuestos concretos de la vida real. Así, la labor del jurista para WINDSCHEID consistía en, siempre dentro de un razonamiento lógico, deducir de

---

<sup>293</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 45.

<sup>294</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 45.

<sup>295</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., pp. 45-46.

aquellos conceptos ya perfilados y ordenados racionalmente la correspondiente norma positiva aplicable al caso<sup>296</sup>.

La conclusión a que llega es que la misión del legislador está limitada a la formulación de conceptos. En este contexto, los conceptos asumieron un papel protagonista, a punto de que:

“Se dice que el mundo de los conceptos tiene una existencia autónoma, independiente de la volición subjetiva, llegando a despreciar las realidades de la vida práctica. Los conceptos sirven para explicar las reglas existentes y para poder obtener de ellas otras reglas consecuentes. Mediante la armónica combinación de los conceptos es posible llegar a un sistema deductivo coherente hasta alcanzar la ‘pirámide de conceptos’.”<sup>297</sup>.

La jurisprudencia de conceptos revela, así, una actitud exegética semejante a que los franceses tenían relativamente al Código de Napoleón. Pero, para los alemanes, el punto de partida ya no era el *code*; eran, sí, los textos de derecho romano<sup>298</sup>.

No obstante las diferencias del punto de partida, la similitud de actitud entre la Escuela de la Exegesis francesa y la Jurisprudencia de Concepto alemana es incuestionable: ambas

---

<sup>296</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 46.

<sup>297</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 46. Todavía, interesante el análisis de PÉREZ-LUÑO, Antonio E. *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*, Sevilla, Innovación Editorial Lagares, 2003, pp. 21-31. El autor examina, de manera concisa y comprensible, las teorías que representaron la “rebelión contra el formalismo jurídico”.

<sup>298</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução...* cit., p. 55.

presentan un sistema rígido de idolatría a los textos de construcción sistemática, difundiendo el método deductivo de aplicación de las leyes de acuerdo con un proceso rigurosamente silogístico<sup>299</sup>.

Todo este panorama revela el excesivo formalismo presente en la corriente de la jurisprudencia de conceptos, que se aleja de la realidad y que deja al margen los criterios de justicia, al admitir que los criterios específicamente jurídicos son los únicos utilizables para la resolución de los conflictos sociales<sup>300</sup>.

#### **D) Jurisprudencia de intereses**

El formalismo de la jurisprudencia de conceptos encontró, por fin, objeciones, y es justamente IHERING, en el principio defensor de las proposiciones conceptualistas, el principal crítico de las construcciones de SAVIGNY, PUTCHA y WINDSCHEID, a través de la apertura de una nueva vía antiformalista y anticonceptualista<sup>301</sup>.

Reconoció que el apego a la lógica, elemento esencial de la jurisprudencia de conceptos, es un error, pues la jurisprudencia no es una matemática del Derecho, y sí es el Derecho una actividad

---

<sup>299</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução...* cit., p. 55.

<sup>300</sup> CALSAMIGLIA, Alberto. *Introducción...*, cit., p. 84.

<sup>301</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., pp. 65-70. Todavía, cuando trata de la posición de IHERING y su apertura a criterios finalistas del Derecho, LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 47, afirma que la segunda fase de la vida de IHERING está dedicada a criticar y superar su inicial actitud metodológica.

teleológica que persigue determinados fines, egoístas o sociales<sup>302</sup>. Aún, entendió que creer en la inmutabilidad de los conceptos jurídicos romanos constituye una ignorancia, pues “la vida no son los conceptos sino que los conceptos existen a causa de la vida”<sup>303</sup>.

Propone, así, la sustitución de la Jurisprudencia de Conceptos por la Jurisprudencia de Intereses, es decir, una jurisprudencia de contenido real y no formalista, de manera que los derechos existan para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines, y no solamente para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta. Para IHERING, el “fin” es el elemento central del Derecho<sup>304</sup>.

Por todo ello, los criterios de interpretación y averiguación del Derecho hasta entonces utilizados se tornaran incompatibles con la Jurisprudencia de Intereses, que propone la sustitución del primado de la lógica por una primacía de la investigación y de la valoración de la vida, defendiendo una interpretación finalista de la ley<sup>305</sup>. Así, el juez está sometido a la ley, salvo cuando esté convencido de que “precisamente los intereses ligados a la ley habrían exigido un tratamiento distinto en consideración a la situación concreta”<sup>306</sup>.

---

<sup>302</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 47.

<sup>303</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., pp. 48-49.

<sup>304</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 49.

<sup>305</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 50.

<sup>306</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 51.

Además, es permitido a él que construya nuevas normas para situaciones no previstas, mediante el empleo de la analogía y de corrección de las normas deficientes<sup>307</sup>.

Ello significa que, aunque comparten el supuesto de la sujeción de la ley con los formalistas, son más flexibles en el ámbito de la interpretación, pues admiten criterios allá de los estrictamente normativos para la resolución de los conflictos<sup>308</sup>.

Para la Jurisprudencia de Intereses, el Derecho es un instrumento de resolución de conflictos y, por tanto, un conjunto de intereses contradictorios. Así, el objetivo es descubrir cuál es el interés jurídicamente protegido y justificar la jerarquía entre los intereses<sup>309</sup>.

Todavía, cabe destacar que, aunque las direcciones de la Jurisprudencia de Conceptos y de la Jurisprudencia de Intereses sean opuestas, no significa que esta vino a superar por completo el positivismo legalista. Lo que ocurrió, en realidad, fue la postergación de los conceptos, colocándolos en su segundo plano<sup>310</sup>.

Los autores más representativos de la Jurisprudencia de Intereses son HECK, RÜMELIN y STOLL, y sus tesis son justamente en el sentido de entender la matización de Jurisprudencia de

---

<sup>307</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução...* cit., p.69.

<sup>308</sup> CALSAMIGLIA, Alberto. *Introducción...*, cit., p. 85.

<sup>309</sup> CALSAMIGLIA, Alberto. *Introducción...*, cit., p. 85.

<sup>310</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 51.

Conceptos con cierta relatividad, ya que no hay de prescindir de los conceptos, sino ponderar el efecto de aquellos sobre la vida y sobre los conflictos que la realidad ofrece<sup>311</sup>.

### **E) Escuela del Derecho Libre**

Mientras la Jurisprudencia de Conceptos fue el apogeo del formalismo, y la Jurisprudencia de Intereses la reacción a este formalismo y conceptualismo (hasta cierto punto moderada), la Escuela del Derecho Libre lo que propone es justamente el otro extremo, es decir, sostiene la absoluta oposición al conceptualismo y al dogmatismo jurídico.

Para la Escuela del Derecho Libre, el juez asume el papel protagonista, de modo que se le considera como “el verdadero creador del Derecho al margen de la ley y, en determinados supuestos, aún en contra de la misma”<sup>312</sup>. Así, el límite de decisión y creación jurídicas dentro del cual debe el juez moverse es muy amplio, pues, para la Escuela del Derecho Libre, la ley no puede crear directamente derecho, representando solamente un intento de consecución del orden jurídico<sup>313</sup>.

El precursor del movimiento fue BÜLOW, pero la expresión “Teoría del Derecho Libre” se debe a EHRLICH. Sin embargo, es en

---

<sup>311</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 50.

<sup>312</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 51.

<sup>313</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 51.

KANTOROWICZ que la Escuela del Derecho Libre llega a su formulación más radical<sup>314</sup>.

La aspiración por la justicia de la decisión es, así, preponderante con relación a la vinculación del juez a la ley, pues la formulación de una decisión supondrá siempre una aportación creadora. EHRLICH, con su postura sociológica, estima que el Derecho ha de estar prensado y asentado sobre la conducta social de los hombres, proclamando, por ello, la existencia de un Derecho propio de la sociedad que se muestra dinámico, vivo, espontáneo y correcto<sup>315</sup>.

Más radical es la apuesta de KANTOROWICZ: plantea que al juez se debe otorgar libertad absoluta para lograr la aplicación del Derecho de acuerdo con el sentir y la intuición de su propia voluntad, actuando, de esta forma, fuera del campo de acción de la ley<sup>316</sup>.

El juez debe, así, oír el sentimiento de la comunidad, no pudiendo decidir, exclusivamente, con fundamento en el derecho estatal o con base en la ley. La técnica jurídica se rige según la voluntad del juzgador<sup>317</sup>.

---

<sup>314</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., pp. 50-53.

<sup>315</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 52.

<sup>316</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 53.

<sup>317</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução...* cit., p. 68.



Con ello, lo que se observa es una verdadera ofensa al esquema de división de poderes, con clara primacía de la aplicación judicial del Derecho.

## **F) Escuela Científica Francesa**

La Escuela Científica Francesa se encuentra entre los movimientos que constituyen la reacción al formalismo. Específicamente, supone la crítica a la Escuela Exegética, preconizando una nueva concepción del Derecho como ciencia, y encuentra en GENY su principal representante<sup>318</sup>.

Fue GENY quien sostuvo, por primera vez, la importancia de una teoría sobre la técnica del Derecho, afirmando que la teoría de la interpretación y la técnica del silogismo, hasta entonces defendida por la dogmática tradicional, no se adecuaba a la realidad<sup>319</sup>. A través de su obra *“Methode d’interpretation et sources en Droit prive positif”* presenta nuevas teorías sobre la interpretación jurídica, rechazando claramente el método hasta entonces vigente en Francia de interpretación limitada al Código. Propone “integrar la ciencia y la técnica jurídicas en una base más profunda y de límites más amplios que el *Code de Napoléon*”<sup>320</sup>.

---

<sup>318</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., pp. 54-55.

<sup>319</sup> CALSAMIGLIA, Alberto. *Introducción...*, cit., pp. 81-82.

<sup>320</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 55.

Respecto a la interpretación, GENY, a través de la técnica de la libre investigación científica, señala que interpretar es una función decisiva y mediadora entre el Derecho entendido como un conjunto de normas y el supuesto de hecho concreto que la realidad ofrece<sup>321</sup>. Los principios morales indican la dirección a la interpretación jurídica, de manera que sólo la consideración de los hechos y de la naturaleza de las cosas puede llenar estos principios de contenido<sup>322</sup>.

En casos de lagunas, debe el juez colmarlas, recurriendo a la libre investigación científica. Esa investigación es libre porque no se somete a una autoridad positiva y es científica porque puede dar bases sólidas a los elementos objetivos descubiertos por la ciencia jurídica<sup>323</sup>.

Así, considera que la actividad del jurista no es meramente cognoscitiva y reproductora, sino decisoria y productora<sup>324</sup>. Sin embargo, el juez debe hacer la interpretación de la ley y fundamentar su decisión teniendo en cuenta los elementos de la naturaleza objetiva, los datos, pero también los intereses de las partes. valorándolos de acuerdo con la justicia, y no con sus preferencias o posiciones personales<sup>325</sup>.

---

<sup>321</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 57.

<sup>322</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 75.

<sup>323</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução...* cit., p. 63.

<sup>324</sup> CALSAMIGLIA, Alberto. *Introducción...*, cit., p. 83.

<sup>325</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução...* cit., p. 66.

### G) Teoría Pura del Derecho

Hablar de la Teoría Pura del Derecho es hablar de KELSEN. Su propuesta metodológica es la de considerar el Derecho como un objeto independiente, y consecuentemente la disciplina jurídica como ciencia autónoma, sin la mezcla de elementos ajenos como éticos, sociológicos, etc<sup>326</sup>.

Por esta razón, aunque para KELSEN sea legítima la consideración orientada teleológicamente hacia ideales de justicia, tal consideración no puede formar parte de su Teoría del Derecho, pues el método jurídico debe ser totalmente depurado de cualquier matiz sociológico o finalista<sup>327</sup>.

Así, el planteamiento de KELSEN sugiere romper con todas las orientaciones que mantienen vinculaciones con la sociología como ciencia, porque el Derecho debe moverse únicamente dentro de un orden normativo. En su esquema, estructura el ordenamiento jurídico vigente en un orden lógico escalonado en forma de pirámide:

“Pirámide de normas en la cual cada norma concreta se apoya en la inmediata de rango superior. De esta inmediata superior recibe validez y, a la vez, se la confiere a la situada en el peldaño inferior. Ascendiendo por la pirámide se llegará a la cúspide o vértice donde se halla la norma suprema o “*Grundnorm*”. Es la Constitución, fundamento último de todo Ordenamiento jurídico”<sup>328</sup>.

---

<sup>326</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 58.

<sup>327</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 58.

<sup>328</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 59.

Solamente obedeciendo a este esquema es posible tener un ordenamiento jurídico perfecto, cerrado y puro.

Transponiendo estas ideas a la interpretación, de acuerdo con la Teoría Pura del Derecho, la actividad judicial consiste en la individualización o concreción de las normas jurídicas generales que le vienen dadas al tribunal. La decisión judicial es, así, norma jurídica particular, resultado de una labor lógica de concreción de una norma jurídica general<sup>329</sup>.

Ahora bien, la tesis de Kelsen ha sido objeto de numerosas críticas. Intenta justificar la abdicación valorativa, pero la objetividad del Derecho, sin embargo, no es absoluta. La creencia de que los valores vienen impuestos por el legislador y no por el aplicador del Derecho no puede prosperar, pues las resoluciones judiciales no están completamente preprogramadas en las leyes; la aplicación de la ley no es sólo subsunción lógica, de manera que el juez ha de emitir, también, juicios de valor<sup>330</sup>.

Pero, aunque en un primer momento, parezca que para Kelsen el juez debe hacer siempre una interpretación pura de la ley, una cuestión debe ser aclarada: las indeterminaciones del

---

<sup>329</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., pp. 59-60.

<sup>330</sup> CALSAMIGLIA, Alberto. *Introducción...*, cit., p. 102. En el mismo sentido sostiene LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 496.

ordenamiento jurídico, que pueden tener su origen intencional o no, dejan al juez un margen de libre discrecionalidad<sup>331</sup>.

Es cierto que, con su Teoría pura del Derecho, KELSEN logró reforzar el método analítico propuesto por la Jurisprudencia de Conceptos, como respuesta al creciente desfallecimiento del rigor jurídico que se propagaba con el crecimiento de la Jurisprudencia de Intereses y de la Escuela del Derecho Libre, que favorecían el surgimiento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos en la interpretación del Derecho<sup>332</sup>.

Sin embargo, en su tesis, la respuesta para las indeterminaciones del ordenamiento es la discrecionalidad del aplicador, llenando la interpretación del derecho, en éste punto, de subjetivismos<sup>333</sup>.

---

<sup>331</sup> Analiza la cuestión de la discrecionalidad en Kelsen LIFANTE VIDAL, Isabel. “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho* n. 25, 2002, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com.br>, al 28/08/2014, 21:31, p. 420. Comentando las indeterminaciones intencionales y no intencionales del legislador, la autora sostiene que: “La primera hace referencia a los casos en que las normas (por voluntad de sus creadores) facultan, expresa o implícitamente, a los órganos a los que corresponde su aplicación a cubrir esa indeterminación, pero el mismo efecto tendrían, en su opinión, los casos en que la indeterminación se genera de manera no intencional, debido a los defectos que afectan a las normas jurídicas”. (p. 420).

<sup>332</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 5ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2014, p. 34.

<sup>333</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso...* cit., p. 36.

## H) Jurisprudencia de Valores

Conforme ya analizamos, la Jurisprudencia de Intereses representó la reacción al formalismo y al conceptualismo de la Jurisprudencia de Conceptos. Por su vez, la Jurisprudencia de Valores lo que hizo fue recoger estos puntos fundamentales de la Jurisprudencia de Intereses, añadiendo una ponderación valorativa del supuesto mediante las pautas de valor y los principios ético-jurídicos<sup>334</sup>.

Con ello, presentó la Jurisprudencia de Valores una respuesta para problemas que antes, en la Jurisprudencia de Intereses, se quedaban al margen. Más que proponer una interpretación finalista de la ley, incide el Derecho superador de la ley, en que son considerados valores, ideas de justicia, equidad, responsabilidad moral, dignidad humana, respecto a la persona, etc<sup>335</sup>. Pero, importante señalar, sin que eso signifique la adopción de los postulados de la Escuela del Derecho Libre.

Uno de los principales nombres de la Jurisprudencia de Valores es WESTERMANN. Coincide con HECK, representante de la Jurisprudencia de Intereses, en admitir que el juez en sus decisiones ha de estar vinculado a los factores de valoración hallados y formulados por el legislador, de modo que el juez para decidir conforme a Derecho deberá ordenar y sopesar el supuesto de hecho

---

<sup>334</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 63.

<sup>335</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 64.

concreto con base en los factores establecidos por la norma<sup>336</sup>. Sin embargo, lo que no comparte con HECK es que WESTERMANN sitúa como idea central la concepción de valor, y no más de interés.

Oscar Adolf GERMANN es otro autor que sobresale en la Jurisprudencia de Valores. Reconoce los méritos de la Jurisprudencia de Intereses y especialmente la importancia de una interpretación conforme al fin de la ley, sin embargo afirma que hay que tener límites. A él corresponde el llamado método crítico-valorativo, que no se trata únicamente de una valoración independiente por parte del juez, sino de una interpretación atendiendo a las valoraciones que sirven de base a la ley y que son inmanentes a ella<sup>337</sup>.

COING, siguiendo GERMANN, formula también su método crítico-valorativo. Afirma que el jurista que ha de aplicar la ley debe elaborar, siempre que posible, el significado de la norma con métodos racionales, pues la aplicación del Derecho no es simplemente un proceso de subsunción, sino un proceso de actuación de la voluntad dirigida a fines, en el cual adquieren importancia fundamental las valoraciones extraídas de la ley, de naturaleza moral o pragmática<sup>338</sup>.

Sustenta COING que el jurista llamado a hacer una valoración puede y debe orientarse en un orden de valores positivizado; este orden lo encuentra en la Ley Fundamental, específicamente en la parte de los derechos fundamentales, donde es posible identificar

---

<sup>336</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 64.

<sup>337</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p.143.

<sup>338</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 144.

valores como la dignidad humana y principios elevados a rango constitucional, como el principio de igualdad. El propio Tribunal Constitucional Federal Alemán ha declarado que todos los preceptos jurídicos tendrán que ser interpretados según el espíritu de este orden de valores<sup>339</sup>.

Por otro lado, ZIPPELIUS propone algunas cuestiones que vislumbra en el caso del actuar de ésta manera: “¿Las decisiones valorativas conducen inexorablemente a un subjetivismo, o existen valores objetivos y un orden objetivo de valores, que son parte de un mundo espiritual que nos es común?”<sup>340</sup>. La respuesta a la pregunta está en el hecho de que el autor considera la pauta para las decisiones valorativas en la moral jurídica dominante (el *ethos* jurídico vigente), que no es sólo una suma de procesos de conciencia, sino objeto invariable de la conciencia de muchos (espíritu objetivo)<sup>341</sup>.

Sin embargo, puede que quede un ámbito en que la decisión no encuentre una pauta segura ni inmediatamente en el Derecho escrito ni en las concepciones ético-jurídicas vigentes. Aquí el juez sólo podría resolver según su idea personal de justicia o, si también ésta le deja sin consejo, según consideraciones de oportunidad<sup>342</sup>. En resumen,

“El juez debe orientarse por las pautas que le son dadas, por el *ethos* jurídico dominante y por las pautas de valoración,

---

<sup>339</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 144.

<sup>340</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 145.

<sup>341</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 145.

<sup>342</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 146.



autoritativamente establecidas, de la Ley Fundamental, cuando también del restante del ordenamiento jurídico, siempre que sean cognoscibles con suficiente claridad y posibiliten una resolución. Además de ello, le queda un ‘margen de libre resolución’ que, al ser llenado de contenido mediante las decisiones valorativas judiciales, convierte la misma aplicación del Derecho en un factor de evolución histórica, en la que el ethos jurídico se halla constantemente.”<sup>343</sup>

También partidario de la Jurisprudencia de Valores es ESSER. Dentro de las bases extralegales de valoración, el autor identifica la presencia de los *standards*, que define como siendo modelos o ideas de valor, sosteniendo que a ellos muchas veces hace referencia la propia ley, particularmente en las cláusulas generales<sup>344</sup>.

Las cláusulas generales dejan al juez la configuración de la norma, desde el punto de vista de principios valorativos no codificados y con la vinculación a pautas extralegales, pero, sin embargo, objetivas, de base y densidad empíricas variables. Así, la norma es creada a partir de la síntesis judicial <sup>345</sup>.

Ésta vinculación a valoraciones extrapositivas se da cuando la ley no ofrece o no puede ofrecer al juez ninguna indicación suficiente. En estos casos, no ha de conformarse sólo con su sentimiento jurídico, con su opinión o valoración subjetivas, por el contrario, “existen hasta un cierto punto máximas de decisión y

---

<sup>343</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 146.

<sup>344</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 149.

<sup>345</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 149.

principios de valoración objetivables y comprobables al enjuiciar un caso concreto, a los que el juez particular puede ‘atenerse’.”<sup>346</sup>

Sin embargo, es necesario ubicar el contexto histórico de desarrollo de la Jurisprudencia de Valores. Fue en Alemania, postguerra, para legitimar decisiones *extralegen* e incluso *contralegen*, que creció el protagonismo judicial delante de la necesidad de huir de la aplicación de leyes producidas durante el régimen del nacional socialismo<sup>347</sup>.

Surgió, así, una postura decurrente del papel estratégico conferido al Tribunal Constitucional alemán, a partir de la actividad que ejercía, teniendo como propósito romper con el modelo jurídico vigente en la época, legitimando las decisiones tomadas con fundamento en la Constitución otorgada en 1949. Ésta postura quedó conocida como jurisprudencia de Valores<sup>348</sup>.

Es posible, así, considerar que esta situación de intensa actividad del Tribunal Constitucional resultó en una aproximación del

---

<sup>346</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 149.

<sup>347</sup> KARAN TRINDADE, André y SANTOS DE MORAIS, Fausto. “Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira”, en *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 53, 2011, p. 145.

<sup>348</sup> KARAN TRINDADE, André. “Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*”, en *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, dirección de FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz e KARAN TRINDADE, André, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2012, p. 113.

sistema alemán al *common law*, no obstante el sistema jurídico germánico pertenezca a la tradición del *civil law*.

Después, esta concepción axiológica de la Constitución sufrió muchas críticas, que pueden ser resumidas en las palabras de CRUZ<sup>349</sup>:

“La concepción axiológica de la Constitución, lejos de establecer un dique frente a la situación política anterior a 1945, habría abierto la puerta, en opinión de los más críticos, a un nuevo Estado Total, marcado por el totalitarismo de los valores constitucionales, lo cual supone la continuidad de la visión estatalista decimonónica. Cuando una constitución deja de ser sólo un sistema de garantías y pretende configurarse como un sistema de valores, se está fuera del constitucionalismo y se ponen las condiciones para el nacimiento de un nuevo estatismo que habrá de servir para conformar los individuos y la sociedad según la voluntad discrecional de los poderes públicos, fundamentalmente la del Tribunal Constitucional, intérprete último de la Constitución”.

Sin embargo, no obstante las críticas, el Tribunal Constitucional alemán sigue, en sus setenta años de actividad, su posición, desde su instauración, dirigida por la Jurisprudencia de Valores. Además de la consolidación de este modelo, ha exportado para el resto de mundo su patrón del actuar<sup>350</sup>.

El riesgo está en la discrecionalidad permitida en Jurisprudencia de Valores comprometer las estructuras del propio

---

<sup>349</sup> CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006, p. 28.

<sup>350</sup> KARAN TRINDADE, André. “Garantismo *versus* neoconstitucionalismo...” cit., p. 114.

Estado Constitucional, ya que las puertas para el activismo judicial se quedan abiertas, y la vinculación del juez a la ley, y su consecuente legitimación, quedarían seriamente comprometidas.

### **I) Jurisprudencia Sociológica y Realismo Jurídico Norteamericano**

La Jurisprudencia de Valores, allá de constituir una reacción al formalismo y al conceptualismo, representa el perfil de las corrientes de pensamiento jurídico que, por un lado rechazan el normativismo dogmático, sin caer en las trampas de la Escuela del Derecho Libre. Seguramente es una tendencia fuerte en los países de Europa Continental y fue exportado para América Latina, en los países del *civil law*.

Como tendencia paralela, pero con propuestas que resaltan más aún la actuación judicial, surgieron la Jurisprudencia Sociológica y el Realismo Jurídico Norteamericano, en cuanto reacción del mundo anglosajón a los dogmatismos imperiosos en el siglo XIX.

La propuesta de la Jurisprudencia Sociológica es de un Derecho basado en la experiencia jurídica y caracterizado como una regulación social, encaminada a ordenar el campo donde alternan y confluyen los intereses humanos (individuales, públicos y sociales), delimitando los que necesitan protección y fijando hasta donde debe llegar dicha protección<sup>351</sup>.

---

<sup>351</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 65.

El representante más significativo de la Jurisprudencia Sociológica es ROSCOE PAUND. A través de la crítica al excesivo racionalismo de las corrientes legalistas del siglo XIX y de parte del XX, propone tener en cuenta las necesidades y exigencias sociales con todos los conflictos que puedan presentar y bajo todos aspectos, particularmente el económico<sup>352</sup>.

Así, el papel de los jueces en la configuración y en el desarrollo del Derecho aumenta, pues son ellos que pueden adaptar los materiales jurídicos a las necesidades que se presentan, siempre buscando el ideal de Justicia en la observación de los hechos. Este cuadro refleja el rechazo de ROSCOE POUND al positivismo normativista, y del florecimiento de la actividad creadora del juez<sup>353</sup>. La consecuencia de todo ello es que:

“hay que reconciliar la idea de un cuerpo de Derecho normativo más o menos estable, con las ideas de transformación, desarrollo y creación de un nuevo Derecho asentado en la realidad de la administración de Justicia por los magistrados”<sup>354</sup>.

La misma línea de raciocinio es tomada por el que fue Magistrado de la Suprema Corte de los Estados Unidos, Benjamín CARDOZO, que también se distingue como defensor de la Jurisprudencia Sociológica. Para CARDOZO el objetivo del Derecho y las guías de la interpretación de la norma deben ser la Justicia y el

---

<sup>352</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 66.

<sup>353</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 66.

<sup>354</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 66.

bienestar social. Serán tales ideas las que han de aclarar, así, el alcance y el contenido de las normas, bien como el método de interpretación a ser adoptado<sup>355</sup>.

La dirección que ha tomado la Jurisprudencia Sociológica la ha llevado al llamado Realismo Jurídico Norteamericano, caracterizado por subordinar el Derecho fundamentalmente a la Economía, con la aplicación de sus métodos al Derecho, lo que favorece manifiestamente la discrecionalidad del juez<sup>356</sup>.

FRIEDMANN, representante del Realismo Jurídico Norteamericano, a su vez, destaca el papel de los Tribunales en la evolución del Derecho, sobre la base de entender que el principal deber de los jueces es de tomar nota de las mutaciones sociales y de los cambios fundamentales de la opinión pública<sup>357</sup>.

### **3. La cuestión de la creación judicial del derecho en la actualidad**

Examinadas las principales corrientes de pensamiento que se destacaran en los últimos tiempos, desde el período *post* Revolución Francesa, pasamos, entonces, a analizar las tesis más significativas de nuestra época, que consideran el papel del juez en la creación del derecho.

---

<sup>355</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 66.

<sup>356</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 67.

<sup>357</sup> LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia...*, cit., p. 68.

### **A) El llamado “neoconstitucionalismo”: ubicación y caracterización**

Antes mismo de adentrar específicamente en el análisis de sus efectos en la creación judicial del Derecho, es imprescindible trazar algunos rasgos esenciales que caracterizan el neoconstitucionalismo,

El marco histórico de su surgimiento es la segunda mitad del siglo XX, tras la segunda grande guerra. Con esta verdadera “revolución copernicana”<sup>358</sup>, fue inaugurada para el Derecho una nueva era, de las constituciones democráticas, de los Estados Constitucionales<sup>359</sup>.

El neoconstitucionalismo supone una novedad dentro de la teoría y de la práctica del Estado constitucional de Derecho, y su

---

<sup>358</sup> Según FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*, 2ª ed., Madrid, Ed. Trotta, edición de CARBONELL, Miguel, 2008, p. 28 y FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, traducción al castellano de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, BAYÓN, Carlos, GASCÓN, Marina, PRIETO SANCHÍS, Luis y RUIZ MIGUEL, Alfonso, vol. 2, p. 38-39.

<sup>359</sup> Una referencia esencial es la Constitución Alemana de 1949 (Ley Fundamental de Bonn) y la creación del Tribunal Constitucional Federal. Después, siguiendo el ejemplo, las Constituciones de Italia (1947), Portugal (1976) y España (1978). El análisis del marco histórico del neocosntitucionalismo es hecha por BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”, en *Jus Navegandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 2005, disponible en <http://jus.com.br/artigos/7547>>, fecha 25/02/2014, 22:01.

amplitud semántica, según CARBONELL, alcanza tres niveles distintos de análisis que conviene considerar<sup>360</sup>.

El primer nivel debe ser entendido como de los textos constitucionales. El neoconstitucionalismo explica las características específicas de los textos de las Constituciones promulgadas en la segunda mitad del siglo XX, que son constituidos por normas substantivas que condicionan la actuación del Estado en la realización de ciertos fines y objetivos establecidos<sup>361</sup>.

El segundo nivel trata de las prácticas jurisprudenciales, asumidas por los jueces y tribunales, que han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos; con la dificultad de trabajar con valores que están constitucionalizados y que requieren una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, atribuyéndolos contenidos normativos concretos<sup>362</sup>.

Por ende, el tercer nivel presupone la construcción de desarrollos teóricos novedosos, para comprender los nuevos textos constitucionales y perfeccionar las nuevas prácticas jurisprudenciales<sup>363</sup>.

---

<sup>360</sup> CARBONELL, Miguel. "El neoconstitucionalismo en su labirinto", en CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid, Ed. Trotta - UNAM, 2007, pp. 9-11.

<sup>361</sup> CARBONELL, Miguel. "El neoconstitucionalismo en su labirinto..." cit., p. 9.

<sup>362</sup> CARBONELL, Miguel. "El neoconstitucionalismo en su labirinto..." cit., p. 10.

<sup>363</sup> CARBONELL, Miguel. "El neoconstitucionalismo en su labirinto..." cit., p. 11.



PRIETO SANCHÍS<sup>364</sup> identifica tres acepciones para el término neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo: la primera es entenderlo como un modelo de Estado de Derecho, designando una forma de organización política<sup>365</sup>; la segunda, como una teoría del Derecho, aquella que es idónea para explicar las características de este nuevo modelo de Estado; la tercera, es concebir el neoconstitucionalismo como ideología, que justifica o defiende la fórmula política propuesta<sup>366</sup>.

Entendido como teoría del Derecho, el neoconstitucionalismo se aleja del positivismo teórico y supone cambios significativos, que pueden ser resumidos en:

“más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios

---

<sup>364</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en CARBONELL, Miguel (Ed). *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid. Ed. Trotta - UNAM, 2009, p. 123.

<sup>365</sup> En este sentido, también, SASTRE ARIZA, Santiago. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel (Ed). *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid. Ed. Trotta - UNAM, 2009, p. 239. El autor sostiene que Es posible entender por neoconstitucionalismo como “el nuevo modelo jurídico que representa el Estado constitucional de Derecho que existe en algunos países europeos, como por ejemplo Italia, Alemania y España”.

<sup>366</sup> Respecto de la acepción del neoconstitucionalismo como ideología, PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2003, p. 102. El autor explica que significa identificar que el Estado Constitucional de Derecho representa la mejor o más justa forma de organización política.

exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.<sup>367</sup>”

Este Estado Constitucional naciente clamaba por una teoría del Derecho con él compatible, ya que el positivismo jurídico, entonces vigente, no sería capaz de explicar las alteraciones ocurridas. Por otro lado, sería necesaria también una nueva práctica jurídica, allá de la teoría, justamente para concretizar los derechos fundamentales previstos en las cartas constitucionales<sup>368</sup>.

Por ello, todos estos cambios son observados, y representan los rasgos que caracterizan el neoconstitucionalismo.

Una de las trasformaciones significativas fue justamente la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”. Presupone un proceso de su impregnación por las normas constitucionales<sup>369</sup>, y es

---

<sup>367</sup> PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2003, p. 117.

<sup>368</sup> KARAN TRINDADE, André. “Garantismo *versus* neoconstitucionalismo...” cit., p. 96.

<sup>369</sup> GUSATINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONEL, Miguel (edición de). *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Madrid, Trotta-UNAM, 2009, traducción al castellano de LUJAMBAIO, José María, p. 49. Continúa el autor explicando que la constitucionanlización del ordenamiento jurídico debe ser entendida como “un proceso de transformación de

entendida como un fenómeno expansivo de las normas constitucionales, cuyo contenido material y axiológico se irradia, con fuerza normativa, por todo el sistema jurídico<sup>370</sup>.

Otro cambio que sobresale es el papel de Poder Judicial. Para preservar el régimen democrático y garantizar los derechos fundamentales, la jurisdicción constitucional se destaca y, con la ampliación de su papel, consecuentemente disminuye el espacio del legislador, y crece el protagonismo del Poder Judicial<sup>371</sup>.

---

un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales”. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”. El proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico ya fue analizado en el capítulo anterior.

<sup>370</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”, en *Jus Navegandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 2005, disponible en <http://jus.com.br/artigos/7547>>, fecha 25/02/2014, 22:01. Analizando el tema, concluye GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en CARBONEL, Miguel (edición de). *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Madrid, Trotta-UNAM, 2009, pp. 164-165: El resultado de la constitucionalización del ordenamiento jurídico es el (neo)constitucionalismo., considerado como “la teoría o conjunto de teorías que han proporcionado una cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente no positivistas”.

<sup>371</sup> KARAN TRINDADE, André. “Garantismo *versus* neoconstitucionalismo...” cit., p. 97.

### a) El marco filosófico

El marco filosófico del neoconstitucionalismo es el postpositivismo. Por los motivos ya expuestos, y por la insuficiencia del positivismo para ofrecer las respuestas para los nuevos problemas que surgían, el momento actual es identificado por los neoconstitucionalistas por la superación histórica del iusnaturalismo, aliada al fracaso político del positivismo<sup>372</sup>.

Ello presupone una lectura moral del Derecho, considerando allá de la legalidad estricta, pero sin desestimar el derecho puesto.

Hay una conexión necesaria entre Derecho y moral en las propuestas neoconstitucionalistas. BARBERIS hace referencia a un “imperialismo de la moral”<sup>373</sup>, es decir, la reducción del punto de vista normativo al punto de vista moral, y tiene uno de sus más significativos defensores Carlos NINO<sup>374</sup>. Sostiene que éste constituye uno de los rasgos distintivos del neoconstitucionalismo.

---

<sup>372</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito...” cit.

<sup>373</sup> BARBERIS, Mauro. “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, en CARBONEL, Miguel (edición de). *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Madrid, Trotta-UNAM, 2009, traducción al castellano de SASTRE ARIZA, Santiago, pp. 259-278.

<sup>374</sup> Véase NINO, Carlos Santiago. *La construcción de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2009, 304 pp.

Es posible, entonces, cualificar el neoconstitucionalismo como una prospectiva iusfilosófica antipositivista, ya que una de sus características más fuertes es justamente negar la tesis iuspositivista de la separación conceptual entre Derecho y moral<sup>375</sup>.

Cuando se averigua en que consiste la moral que los neoconstitucionalistas consideran conectada al Derecho, POZZOLO concluye que se trata de la “moral universal”, o también denominada objetiva<sup>376</sup>. Consiste en

“un conjunto de principios referidos al comportamiento humano justo en sí mismos, sin alguna relación con lo que los seres humanos creen que sea bien y mal. La moral universal indicaría lo que es justo y lo que es equivocado en un sentido a-histórico y a-espacial. Sería independiente del desarrollo social y de cualquier debate intersubjetivo. No sería reducible a hechos y analizable con metodologías de las ciencias sociales. En sustancia, sería puro valor.”<sup>377</sup>

Otra tesis fundamental del neoconstitucionalismo es que las normas han sido sustituidas por valores<sup>378</sup>. E esto explica la

---

<sup>375</sup> POZZOLO, Susanna. “Un constitucionalismo ambiguo”, en CARBONEL, Miguel (edición de). *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Madrid, Trotta-UNAM, 2009, traducción al castellano de CARBONELL, Miguel, p. 188. Continúa la autora: “El Derecho del Estado constitucional necesitaría, para ser estudiado y comprendido, de una toma de postura moral, requeriría una actitud ética. El Derecho constitucional estaría plegado de principios morales positivizados, que habrían reconducido al interior del discurso jurídico las problemáticas morales”. (p. 195).

<sup>376</sup> POZZOLO, Susanna. “Un constitucionalismo ambiguo...” cit., p. 202.

<sup>377</sup> POZZOLO, Susanna. “Un constitucionalismo ambiguo...” cit., p. 198.

<sup>378</sup> POZZOLO, Susanna. “Un constitucionalismo ambiguo...” cit., p. 200.

inadecuación del método iuspositivista, que fue pensado para un Derecho compuesto por normas.

**b) La terminología: neoconstitucionalismo (s),  
constitucionalismo contemporáneo,  
constitucionalismo principialista**

El término “neoconstitucionalismo” es reciente. Fue introducido por los filósofos de Génova, como Suzana POZZOLO, Paolo COMANDUCCI e Mauro BARBARIS<sup>379</sup>, y surgió en finales de la década de 90<sup>380</sup>.

Aunque muchos autores siquiera se cualifiquen como “neoconstitucionalistas”, por el contenido de sus tesis es posible situarlos bajo este título, ya que comparten algunas ideas y principios y pueden considerarse como parte de una misma aproximación

---

<sup>379</sup> Como recuerda FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34, 2011, traducción al castellano de GUZMÁN, Nicolás, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), fecha 25/04/2014, 22:20, p. 16.

<sup>380</sup> Más específicamente, fue utilizado por primera vez por POZZOLO, Susanna. “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 21-II, 2008, traducción al castellano de VILAJOSANA, Josep. M., disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), fecha 26/04/2014, 10:10, p. 339: “Si bien es cierto que la tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional encuentra partidarios en diversas disciplinas, en el ámbito de la filosofía del derecho viene defendida, en particular, por un grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al derecho. He llamado a tal corriente de pensamiento neoconstitucionalismo.”

teórica, como DWORKIN, ALEXY, ZAGREBELSKY, NINO, M. CARBONELL<sup>381</sup>.

Sin embargo, no existe una corriente unitaria de pensamiento, solamente una sucesión de coincidencias y tendencias comunes que apuntan para la formación de una “nueva cultura jurídica”, motivo por el cual, hay que existir cautela en el análisis de la cuestión<sup>382</sup>.

Para Miguel CARBONELL no hay uno, sino varios neoconstitucionalismos<sup>383</sup>, teniendo en cuenta la magnitud de las modificaciones operadas sobre el modelo o paradigma del Estado constitucional.

---

<sup>381</sup> De acuerdo con el análisis de SALAZAR UGARTE, Pedro. “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34, 2011, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), fecha 24/04/2014, 09:02, p. 293: “El neoconstitucionalismo, en cambio, es una categoría conceptual inventada por los miembros de la escuela genovesa con la finalidad de ofrecer denominación común a un conjunto de concepciones que tienen presupuestos y propuestas tan próximos que pueden considerarse como parte de una misma aproximación teórica—. Y, precisamente por ello, cuando se habla del neoconstitucionalismo es menester reparar en las diferencias que cruzan a las obras de los autores que, no sin cierta arbitrariedad, reunimos bajo esa categoría: desde Dworkin hasta Zagrebelsky, pasando por Nino y Alexy, hasta algunas voces en América Latina como M. Carbonell o C. Bernal Pulido.”

<sup>382</sup> PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional...* cit., p. 101.

<sup>383</sup> CARBONELL, Miguel. “Nuevos tempos para el constitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel (Ed). *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición., Madrid. Ed. Trotta - UNAM, 2009, p. 9.

STRECK critica el término “neoconstitucionalismo” porque, según el autor, la manera como es utilizado lleva al entendimiento de que se trata de un derecho nuevo cuando, en realidad, no lo es, ya que representa, solamente, la superación, en el plano teórico-interpretativo, del iuspositivismo<sup>384</sup>.

Plantea, así, la adopción de la expresión “constitucionalismo contemporáneo” para designar el movimiento con las características apuntadas, con origen en el segundo posguerra, y que culminó con la realización de las Constituciones democráticamente concebidas<sup>385</sup>. Sostiene el autor que el término “constitucionalismo contemporáneo”, al contrario de “neoconstitucionalismo”, conduce simplemente a un proceso de continuidad con nuevas conquistas, que pasan a integrar la estructura del Estado Constitucional en el período que se inauguró.

FERRAJOLI, en su artículo que fue un divisor de aguas en esta materia, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, propone una revisión terminológica en la expresión “neoconstitucionalismo” utilizada<sup>386</sup>.

Cualifica el término como equivocado y engañoso. Los motivos que enumera son los siguientes.

---

<sup>384</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso...* cit., p. 47.

<sup>385</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso...* cit., p. 47.

<sup>386</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34, 2011, traducción al castellano de GUZMÁN, Nicolás, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), fecha 25/04/2014, 22:20, pp. 15-53.



En primer lugar, la expresión ‘constitucionalismo’ reviste una connotación política, antes que jurídica, impidiendo que se evidencie el verdadero cambio de paradigma en la estructura del derecho positivo que se operó con la introducción de la constitución formal<sup>387</sup>.

En segundo lugar, la expresión ‘neoconstitucionalismo’ mismo si referirse al plan jurídico, no designa un sistema jurídico, tampoco una teoría del Derecho. Lo que ocurre es una identificación con la concepción iusnaturalista del constitucionalismo, no identificando sus características esenciales que lo distinguen de su concepción iuspositivista<sup>388</sup>.

Así, propone la denominación “constitucionalismo argumentativo o principialista” a la orientación caracterizada por

“la configuración de los derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiadas no a la subsunción sino, más bien, a la ponderación legislativa y judicial<sup>389</sup>.

En oposición al constitucionalismo principialista, reconoce el “constitucionalismo garantista”, caracterizado, en cambio, por

“una normatividad fuerte, de tipo regulativo, es decir, por la tesis de que la mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de las

---

<sup>387</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 18.

<sup>388</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 18.

<sup>389</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., pp. 20-21.

reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías.<sup>390</sup>

## **B) La creación judicial del Derecho en el neoconstitucionalismo**

De entre las transformaciones habidas en los ordenamientos jurídicos de los Estados, que asumen el compromiso político de transformación del orden social, norteados por la Constitución<sup>391</sup>, está el florecimiento de cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados<sup>392</sup>.

En el Estado Constitucional, el fenómeno de la constitucionalización de los derechos y de los principios ha positivado valores a través de expresiones vagas, elásticas e imprecisas, lo que hace surgir una función de concretización que se atribuye a la jurisdicción, es decir, para interpretar y aplicar estos derechos y valores necesariamente hay que se tomar una posición moral destinada a darles concreción<sup>393</sup>.

---

<sup>390</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 21.

<sup>391</sup> FLORES PRADA, Ignacio. *El Ministerio Fiscal en España*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999, p. 159.

<sup>392</sup> Los conceptos jurídicos indeterminados como producto de las transformaciones del ordenamiento jurídico ya han sido analizadas en el capítulo anterior.

<sup>393</sup> POZZOLO, Susanna. “Un constitucionalismo ambiguo...” cit., pp. 190-191.

Como ya destacado, el positivismo no podría llevar a cabo esta función, pues no prevé en su horizonte el análisis de valores éticos.

La actuación del juez en este escenario nos lleva, forzosamente, a la Jurisprudencia de Valores, que vino justamente para superar el positivismo primitivo<sup>394</sup>.

Todo ello abre camino para verdaderos activismos judiciales, siempre basados en el noble objetivo de implementar y concretizar derechos fundamentales y que permiten que, en el momento de la decisión, el juez tenga un espacio discrecional en el cual puede moldar su voluntad<sup>395</sup>.

Es importante destacar que en el positivismo, también es admitido un espacio para la discrecionalidad. La respuesta para las indeterminaciones del ordenamiento es la discrecionalidad del aplicador, llenando la interpretación del derecho, en éste punto, de subjetivismos<sup>396</sup>.

Por lo tanto, se concluye, en realidad, que esta supuesta “superación” del iuspositivismo sostenida por los neoconstitucionalistas no se observó por completo. En los moldes en que es presentado, al depender de posturas axiológicas y

---

<sup>394</sup> Este es el entendimiento de STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso...* cit., pp. 45 y ss.

<sup>395</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso...* cit., p. 49.

<sup>396</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso...* cit., p. 36.

voluntaristas, proporciona actitudes incompatibles con la democracia, como el activismo y la discrecionalidad judicial<sup>397</sup>.

El hecho del juez utilizar la discrecionalidad, admitida por los neoconstitucionalistas y también por los positivistas, reaviva la discusión respecto de la transformación de jueces en legisladores, acarreando graves consecuencias para el Estado de Derecho<sup>398</sup>.

Sin embargo, ni todos los que son considerados “neoconstitucionalistas” defienden la discrecionalidad judicial, como es el caso de DWORKIN<sup>399</sup>, que ataca la teoría de la función discrecional de los jueces enunciando la tesis de la respuesta correcta.

Todavía, como ya afirmado, para los neoconstitucionalistas, los derechos fundamentales son valores, presentando, así, una inevitable conexión entre Derecho y moral. La consecuencia es que,

---

<sup>397</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo”, en *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, dirección de FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz e KARAN TRINDADE, André, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2012, p. 64. Sostiene el autor que: “o neoconstitucionalismo não é uma superação do paleo-jus-positivismo (exegetismo); mas os neoconstitucionalistas acham que é. E esse é o problema.”

<sup>398</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Neoconstitucionalismo, positivismo...”, cit., p. 91.

<sup>399</sup> DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*, 2ª edición, Barcelona, Ed. Gedisa, 2012, traducción al castellano de FERRARI, Claudia, p. 12. También el tema es tratado en DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ed. Ariel, traducción al castellano de GUASTAVINO, Marta, 1995, p. 83 y ss.

en los casos difíciles, es utilizada la argumentación moral y los principios son objeto de ponderación, no de subsunción<sup>400</sup>.

### **a) La tesis de DWORKIN**

DWORKIN es uno de los iusfilósofos de más influencia de la actualidad y sus tesis fueron debatidas por el mundo jurídico con entusiasmo.

Aunque su obra abarque los más diversos asuntos, vámonos a centrarnos en lo que dice respecto a la creación judicial del Derecho y cuál es la propuesta de solución del autor para la cuestión de los conceptos jurídicos indeterminados.

Su punto de partida es el rechazo a las doctrinas positivistas y realistas, precisamente el positivismo metodológico. La grande mayoría de sus críticas van dirigidas a la teoría de Herbert HART<sup>401</sup>.

HART ha advertido que el lenguaje jurídico posee núcleos de significado claro y zonas de penumbra, en las cuales algún punto de su aplicación será dudoso y, consecuentemente, indeterminado. El autor también denomina de “textura abierta” del Derecho la característica de que, inevitablemente, en algún punto, el Derecho es indeterminado. Para estas situaciones, HART sostiene que el juez

---

<sup>400</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, Bracelona, Ed. Ariel, 2006, pp. 52-56.

<sup>401</sup> HART, Herbert L. A. *El concepto de derecho*, 2ª edición, Buenos Aires, 1968, Ed. Abeledo-Perrot, traducción al castellano de CARRIÓ, Genaro R., 332 pp.

estaría legitimado para actuar discrecionalmente y crear Derecho nuevo<sup>402</sup>.

DWORKIN critica ésta teoría y sostiene, por su vez, que es la más popular de todas sobre el juicio, según la cual el juez solo aplica el Derecho que los otros crean, salvo en casos excepcionales, en los que las normas son oscuras, momento en el cual el juez adopta la posición de legislador<sup>403</sup>.

Las posturas del realismo jurídico, que son expresiones del pragmatismo (no existen derechos establecidos en decisiones previas; sólo aparecen tras una decisión judicial de acuerdo con

---

<sup>402</sup>HART, Herbert L. A. *El concepto de derecho*, 2ª edición, Buenos Aires, 1968, Ed. Abeledo-Perrot, traducción al castellano de CARRIÓ, Genaro R., p. 159-160. Afirma el autor que: “La textura abierta del Derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varia de caso a caso”.

<sup>403</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio...*cit., p. 82. Por otro lado, para PRIETO SANCHÍS, los jueces, según la teoría de HART, no se comportan como legisladores, “sino que obtienen de las leyes, de los precedentes, etc., las pautas fundamentales para adoptar sus decisiones. Sin embargo, esas leyes y precedentes no son siempre suficientemente precisas ni pueden contemplar en todas sus dimensiones la complejidad de la vida social; es entonces, bajo esa vinculación, cuando los Tribunales despliegan una actividad que bien puede calificarse como creativa”, en PRIETO SANCHÍS, Luis. “Teoría del derecho y filosofía política en Ronald Dworkin”, en *Revista española de derecho constitucional*, año 5, n. 14, mayo/agosto 1983, p. 365.

factores diversos atinentes a la política pública<sup>404</sup>) también son criticadas por DWORKIN, ya que favorecen a la discrecionalidad judicial y las causas de la decisión pueden depender de la voluntad del legislador<sup>405</sup>.

Entonces, el autor busca una alternativa entre las soluciones que considera extremas, del legalismo y del realismo, intentando encontrar una respuesta a la cuestión de la actuación judicial, para que no se quede cerrado en los dispuestos de la norma inalterable, pero tampoco pueda crear derecho a su arbitrio; busca una teoría que evite los extremos de la objetividad o de la subjetividad plenas<sup>406</sup>.

Parte, así, de la siguiente proposición: los jueces no crean Derecho como los legisladores, por dos motivos: carecen de legitimación democrática, ya que no proceden de una elección mayoritaria; y aplicarían Derecho retroactivamente, ya que lo crean *ex post facto*<sup>407</sup>.

---

<sup>404</sup> DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*...cit., p. 115 y sigs.

<sup>405</sup> DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*...cit., p. 116.

<sup>406</sup> Analiza esta cuestión RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel J. "Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho: una reflexión breve", en *Anuario de filosofía del Derecho*, n. 16, 1999, disponible en <http://dialnet.unirioja.es>, fecha 07/06/2014, 21:30, p. 129.

<sup>407</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*...cit. p.150. Comenta el autor los dos argumentos: "La primera [objeción] sostiene que una comunidad debe ser gobernada por hombres y mujeres elegidos por la mayoría y responsables ante ella. Como los jueces, en su mayoría, no son electos, y como en la práctica no son responsables ante el electorado de la manera que lo son los legisladores, el que los jueces legislen parece comprometer esta proposición". Continúa, respecto del

A partir de ahí, la respuesta que va a encontrar para resolver a los que denomina “casos difíciles” son, inexorablemente, los principios, a los cuales admite normatividad<sup>408</sup>.

Uno de los guías del juez en estos casos difíciles serán los *standards*, que están presentes en los ordenamientos jurídicos y representan la exigencia de justicia, equidad, u otra dimensión de la moral. Son verdaderos principios, que conducirán al juez al encuentro de los derechos de los ciudadanos no sólo en los *hard cases*, sino también en los *easy cases*. Actuando de esta forma, el juez maneja argumentos que le ayudarán a encontrar la solución para los casos que no están previstos en las normas, pero sin recurrir a la arbitrariedad<sup>409</sup>.

En los casos difíciles, el juez tendrá que buscar la solución en el principio, pero ella no viene predeterminada; así, el juez goza de cierta autonomía en el momento de escoger el principio que será

---

segundo argumento: “La segunda objeción expresa que si un juez legisla y aplica retroactivamente la ley al caso que tiene entre manos, entonces la parte perdedora será castigada por no haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho”.

<sup>408</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério...* cit., pp. 39-40. Aún, es importante establecer qué está comprendido en el concepto de “casos difíciles” o *hard cases*, según DWORKIN: “cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución; el juez tiene discreción para decidir el caso en uno u otro sentido”.(traducción libre, p. 127).

<sup>409</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério...* cit., p. 127 y ss.



aplicado<sup>410</sup>. Es evidente que tendrá que razonar, y el resultado depende de estas razones. Pero, en esta escoja, puede haber arbitrio y discrecionalidad, como apunta RODRIGUEZ PUERTO<sup>411</sup>:

“(...) hay diversas posibilidades y hay que escoger una a la luz de las circunstancias del caso. Eso significa que el juez ha de valorar la situación concreta, una valoración que no está contenida en la norma, sino que procede del juzgador. Inevitablemente, esto puede suponer la presencia de cierto arbitrio y discrecionalidad. Por tanto, la referencia a los principios no basta y es preciso diseñar una teoría más compleja.”

Por estos motivos, en el intento de evitar estas posibles discrecionalidades, especialmente en los casos difíciles, que son eminentemente banidas de su teoría, DWORKIN propone una visión del Derecho como integridad, por la cual tanto la producción del Derecho, como su aplicabilidad, deben ser hechas con respecto a un conjunto coherente de principios<sup>412</sup>.

La integridad, así, busca una coherencia interna, con el fin de ajustar decisiones según los intereses que nortean la comunidad, ya que deben ser inspiradas en “un conjunto coherente de principios sobre justicia, equidad y debido proceso”<sup>413</sup>. Según el derecho como integridad, “las propuestas de ley son verdaderas si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad y debido

---

<sup>410</sup> RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel J. “Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho... cit., p. 128.

<sup>411</sup> RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel J. “Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho... cit., p. 128.

<sup>412</sup> DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia...*cit., p. 164 y sigs

<sup>413</sup> DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia...*cit., p.175-176.

proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad.<sup>414</sup>

Es interesante que, al mismo tiempo en que DWORKIN niega la posibilidad de la creación judicial del derecho, también rechaza su vinculación absoluta a las decisiones del pasado. Así, partiendo de la comparación entre derecho y literatura, como dos actividades creativas, propone el análisis del derecho como si fuera una *novela en cadena*<sup>415</sup>.

En este proyecto, una novela es escrita por novelistas en serie, en la cual cada autor tiene la tarea de escribir su capítulo de la obra; un autor escribe el primer capítulo y sucesivos escritores añaden nuevos capítulos. Cada nuevo autor tiene que continuar de forma coherente la historia iniciada por sus predecesores, pues el objetivo es crear una sola novela del material que le han dado. Por ello, debe interpretar todo lo que ha sido escrito con anterioridad, teniendo en cuenta todo lo que fu escrito por todos los autores<sup>416</sup>.

Así debe actuar un juez delante de un caso difícil, según DWORKIN, sobretodos en el *common law*. De las decisiones pasadas de los jueces, de las prácticas e interpretaciones, debe extraer el argumento, sin intentar descubrir la intención de los jueces o

---

<sup>414</sup> DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*...cit., p. 164.

<sup>415</sup> DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*...cit., p. 166 y ss.

<sup>416</sup> DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*...cit., p. 167.

legisladores del pasado. Lo que debe hacer es buscar una opinión respecto de lo que hicieron colectivamente<sup>417</sup>.

Así como un autor en una novela colectiva, que debe considerar e interpretar los capítulos anteriores que ya fueros escritos, y continuar de forma coherente la historia iniciada por sus predecesores, el juez debe considerar e interpretar las decisiones y prácticas del pasado, desarrollando una interpretación que sea acorde con la historia jurídica en la que se desenvuelve y decidir de forma coherente, sin olvidar que, aunque sea una obra colectiva, es una sola obra – el derecho como integridad.

De esta forma, los jueces que aceptan el ideal interpretativo de la integridad deciden los casos difíciles mediante un conjunto de principios coherentes acerca de los derechos y deberes, y pretenden encontrar la mejor interpretación constructiva de la estructura política y de la doctrina jurídica de la comunidad. En los casos difíciles, serán obligados a desarrollar su concepción del derecho junto con su moralidad política en una forma que se apoyen mutuamente<sup>418</sup>.

Para llevar a cabo esa tarea, DWORKIN concibe la figura de un juez con habilidades excepcionales, un jurista con “capacidad, sabiduría, paciencia y sagacidad sobrehumanas” el cual denomina *Hercules*. Este juez ideal no fundamenta sus decisiones en

---

<sup>417</sup> DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia...cit.*, p. 168. También RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel J. “Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho... cit., p. 131.

<sup>418</sup> DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia...cit.*, p. 185.

convicciones personales. Aunque la solución que ofrezca sea, de hecho, una opinión, esta no es una convicción moral subjetiva, sino una convicción acerca de lo que demandan la Constitución y el ordenamiento jurídico.<sup>419</sup>

Ahora bien, la propuesta de DWORKIN para la resolución de los casos difíciles, y ahí podrían ser incluidos los conceptos jurídicos indeterminados, supondría, por lo tanto, que el juez, al decidir, llevaría en cuenta las decisiones y prácticas de otros jueces, sin estar vinculado totalmente a los precedentes, decidiendo de forma coherente, de acuerdo con un conjunto de principios, y haciendo escojas desde el punto de vista de la moralidad política.

Sin embargo, como ya hemos analizado, de entre todas las ventajas del crecimiento de la utilización de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados por el legislador está la de su perfecta adaptación al caso concreto, considerando especificidades del hecho en cuestión.

Es cierto que DWORKIN no propone total vinculación a las decisiones y prácticas del pasado. Con todo, su propuesta de considerar las decisiones y prácticas del pasado podría quitar de los conceptos indeterminados una de sus más notables características.

---

<sup>419</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério...* cit., p. 165.

Las especificidades del hecho analizado pueden requerir una solución diversa de las decisiones anteriores que ya han sido proferidas y que tenían el mismo concepto jurídico indeterminado.

Además, no se puede negar que cuando un juez se encuentra con un concepto indeterminado por el propio legislador, su actividad es de concreción, es creadora de derecho. Pero esto es así porque la indeterminación fue dejada por el propio legislador, que transfirió al juez la tarea de decir el derecho al caso concreto en aquel supuesto.

### **b) El activismo judicial**

La creación judicial del Derecho debe ser examinada también bajo el prisma de un fenómeno que, en realidad, es consecuencia de todas las características de esa nueva era del constitucionalismo post Segunda Guerra mundial, que quedó conocida por neoconstitucionalismo o constitucionalismo principialista: el activismo judicial.

En el escenario del Estado Constitucional de Derecho, el Poder Judicial es el protagonista, es decir, ocupa la posición central<sup>420</sup>.

El origen del activismo judicial es el sistema jurídico norteamericano, donde los precedentes son la principal fuente del

---

<sup>420</sup> KARAN TRINDADE, André. “Garantismo *versus* neoconstitucionalismo...” cit., p. 109. Cuando explica el protagonismo del Poder Judicial, el autor establece una comparación con la literatura, y desarrolla el siguiente raciocinio acerca del

derecho y, por lo tanto, la actividad jurisdiccional constituye la propia creación del derecho. No obstante, ultrapasó las fronteras del *common law*, al paso que, en el constitucionalismo posguerra, con la positivación de principios y la ampliación de los espacios de la jurisdicción (con la Jurisprudencia de Valores), lo que se verificó fue un “derecho judicial” en el interior del *civil law*<sup>421</sup>.

En el naciente Estado Constitucional de Derecho, la jurisdicción asume un papel de destaque, ya que del Poder Judicial no se espera solamente que sea la boca que pronuncia las palabras de la ley, sino que sea el guardián y garante de los derechos fundamentales previstos en los textos constitucionales.

Los motivos son varios, como las transformaciones del ordenamiento jurídico, notadamente la constitucionalización de los

---

término protagonista: “Na esfera dos estudos literários, à qual pertence originalmente o termo *protagonista* designa a personagem principal de uma narrativa ou drama – que muito embora se apresente, em geral, como o herói da história, pode, também, ser um anti-herói -, ao redor da qual se constrói toda a trama e de cuja ação dependem, direta ou indiretamente, os acontecimentos narrados ou encenados. Em sua transposição para o campo jurídico, contudo, pode-se dizer que o termo *protagonista* não perde seu significado de origem, mas é sob a forma de uma derivação – mediante o acréscimo do sufixo *ismo*, que remete tanto à intoxicação de um agente quanto a movimentos sociais ou ideológicos – associada a um adjetivo que sugere a expressão *protagonismo judicial*.”

<sup>421</sup> KARAN TRINDADE, André. “Garantismo *versus* neoconstitucionalismo...” cit., p. 110.

derechos y de los principios con el florecimiento de cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados.

La función del juez, que antes se insertaba en una “concepción sustancialmente pasiva”, que se restringía a tomar la ley como había sido producida por el poder político a través de las instituciones legislativas, limitándose a aplicarlas a los casos concretos<sup>422</sup>, ahora se reviste de un carácter creativo y hasta mismo político.

TARUFFO llama la atención para la cuestión: en este contexto, lo que se espera de ese “juez intérprete” es que otorgue el significado de las normas que aplica, no solamente descifrando lo que la norma dice desde el punto de vista literal, sino atribuyendo significados “diferentes y variables en los que reflejan valores morales, necesidades sociales, criterios de justicia de los que el juez es portador al realizar su función”<sup>423</sup>.

Según el autor, la actitud creativa del juez, así, es una consecuencia y una necesidad delante de las transformaciones del ordenamiento jurídico, y con ella acaba por asumir un papel político. Hay un cambio en la función del juez que se da en razón de las mudanzas ocurridas en la norma. Ello porque, la norma ya no es concebida como un enunciado que tiene un significado claro y predeterminado. Su significado debe ser identificado a través de la

---

<sup>422</sup> TARUFFO, Michele. “Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica”, en *Isonomía*, n. 22, abril/2005, traducción al castellano de SALAZAR, Pedro, p. 10.

<sup>423</sup> TARUFFO, Michele. “Jueces y política...” cit., pp. 13-14.

actividad interpretativa que realizan los encargados de llevarla a cabo<sup>424</sup>:

“El aspecto creativo de esta función es particularmente evidente en los casos –que son cada vez más frecuentes– en los que las normas se formulan en términos precisos y rigurosos pero incluyen términos vagos, conceptos indeterminados o cláusulas generales. De hecho, en estos casos, el legislador delega al juez el poder y la carga de decidir la *policy* que el propio legislador no ha querido o no ha podido elegir al crear la norma. En dichos casos se habla de supletoriedad del legislador por parte del juez, precisamente para subrayar que el juez debe formular decisiones políticas que corresponderían al legislador si éste hubiera sido capaz de realizar adecuadamente su función institucional. Tenemos, pues, que son muchos los aspectos por los que el juez que interpreta el derecho desempeña directamente un papel de decisor político.<sup>425</sup>”

Éste es uno de los rostros del fenómeno conocido como “judicialización de la política”, en que el juez es llamado desarrollar una actividad creativa para interpretar la norma jurídica, en razón de la actitud del legislador, que ha optado por transferir esa tarea al juez.

Todo ello abre camino para verdaderos activismos judiciales, siempre basados en el noble objetivo de implementar y concretizar derechos fundamentales y que permiten, en el momento de la

---

<sup>424</sup> TARUFFO, Michele. “Jueces y política...” cit., p. 13.

<sup>425</sup> TARUFFO, Michele. “Jueces y política...” cit., p. 14. Según GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patricia. *Los jueces y la política: poder judicial y democracia*, Madrid, Ed. Taurus, 1999, traducción al castellano de RUIZ DE AZUA, Miguel Ángel, p. 135 y ss., es connatural reconocer un cierto grado de creatividad del juez en el proceso de interpretación de las normas.



decisión, que el juez tenga un espacio discrecional en el cual puede moldar su voluntad<sup>426</sup>.

Sin embargo, una cuestión debe ser esclarecida: la “judicialización de la política” no puede ser confundida con el activismo judicial. Aunque próximos, son fenómenos distintos<sup>427</sup>. Aquella es un fenómeno que puede ser considerado inevitable, pues es procedente de condiciones sociopolíticas y consiste en la intervención del Poder Judicial en la deficiencia de los demás poderes. Ya el activismo judicial puede ser considerado como una “corrupción” en la relación entre los poderes, en la medida en que el Poder Judicial extrapola sus límites de actuación, decidiendo por medio de criterios no-jurídicos, sustituyendo el derecho por sus convicciones personales<sup>428</sup>.

La judicialización es inevitable, y como afirman GUARNIERI e PEDERZOLI, “en cierta medida incluso beneficiosa”<sup>429</sup>. Con todo, para asegurar el mantenimiento de los beneficios, es imprescindible su regulación, y la consecuente limitación del Poder Judicial.

Ya el activismo, aunque defendido por los neoconstitucionalistas, necesita ser combatido, pues puede

---

<sup>426</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso...* cit., p. 49.

<sup>427</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, en *Revista de direito do Estado*, jan./mar. 2009, n. 13, p. 71.

<sup>428</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso...* cit., p. 65.

<sup>429</sup> GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patricia. *Los jueces y la política...* cit., p. 170.

representar un riesgo para la legitimidad del Poder Judicial, y para las reglas del juego democrático.

La cuestión, sin embargo, se vuelve aún más compleja cuando hay de definir los límites entre el activismo y la judicialización. BARROSO afirma que ambos son “primos”, pues provienen de la misma familia, frecuentan los mismos lugares, sin embargo, no tienen los mismos orígenes, ya que no son generados por las mismas causas inmediatas<sup>430</sup>.

Así, la judicialización es una circunstancia, debido el modelo de Estado Constitucional de Derecho, con su constitución y ordenamiento jurídico que presentan las características asignadas, que permiten discusiones de alcance moral y político bajo la forma de acciones judiciales pero, con una característica esencial: la judicialización proviene de la voluntad del legislador, constituyente u ordinario<sup>431</sup>.

Ya el activismo, por otro lado, expresa una postura del intérprete, potencializando el sentido de las normas, para ir más allá

---

<sup>430</sup> Analisis hecha por BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo”, en RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012, disponible em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>, fecha 25/02/2014, 21:20, pp. 1-50. También en BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, en Revista de direito do Estado, jan./mar. 2009, n. 13, p. 71.

<sup>431</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial...” cit., p. 79.

del legislador ordinario<sup>432</sup>. POGREBINSCHI considera activista el juez que:

- “a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado;
- b) promova, através de suas decisões, políticas públicas;
- c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade<sup>433</sup>”.

Además, los principios pasaran a ser aplicados como si fueran verdaderas permisiones para el juez decidir de acuerdo con su voluntad; son utilizados como una “máscara para la subjetividad” del juzgador, como “curingas” que se encajan en cualquier argumento jurídico<sup>434</sup>.

Ello puede resultar en una verdadera “justicia de lotería”, señalada por la imprevisibilidad, en la cual la interpretación es entendida como una elección de un sentido que adviene de la consciencia del juzgador<sup>435</sup>.

Ahora bien, cuando una norma es constituida de conceptos jurídicos indeterminados, la postura del juez, solamente por

---

<sup>432</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial...” cit., p. 79.

<sup>433</sup> POGREBINSCHI, Thamy. “Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo”, en *Direito, Estado e Sociedade*, n. 17, 2000, p. 143.

<sup>434</sup> KARAN TRINDADE, André. “Garantismo versus neoconstitucionalismo...” cit., p. 118.

<sup>435</sup> KARAN TRINDADE, André. “Garantismo versus neoconstitucionalismo...” cit., pp. 118-119. Todavía, el autor cita, como ilustración del activismo jurídico en Brasil, el interesante voto del Magistrado (*Ministro*) Humberto Gomes de Barros,

concretarla, no es activista, pero puede serlo. La presencia de conceptos jurídicos indeterminados en los ordenamientos jurídicos es una de las de las transformaciones habidas para llevar a cabo las nuevas funciones asumidas por el Estado. Así, son opciones del propio legislador, que deja al juez ese margen de creatividad en la actividad interpretativa.

Sin embargo, por obvio, si ese juez, al concretar el concepto, lo hace a partir de sus convicciones personales, puede, sí, caracterizar activismo judicial.

Y una postura activista coloca en jeque la legitimidad democrática de la jurisdicción, legitimidad entendida como la sujeción

---

del Superior Tribunal de Justicia de Brasil: “*Não me importa o que pensam os doutrinadores*. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. *Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual*, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a *doutrina que se amolda a ele*. É fundamental expressarmos o que somos. *Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém*. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.”

del juez a la ley. Por otro lado, los conceptos jurídicos indeterminados existen, y necesitan ser concertados. De este modo, hay que buscar alternativas para conciliar la legitimación del Poder judicial y los conceptos jurídicos indeterminados.

### **C) La oposición al neoconstitucionalismo: el constitucionalismo garantista de FERRAJOLI**

El análisis del fenómeno del constitucionalismo posguerra por FERRAJOLI ha resultado en conclusiones opuestas al movimiento/teoría neoconstitucionalista: el constitucionalismo garantista.

El garantismo y el neoconstitucionalismo son, así, dos teorías con un enfoque ideológico y una política constitucional similares, que tienen por objeto el modelo democrático constitucional.

El autor italiano empieza su estudio partiendo de la diferenciación que hace entre Estado legislativo de Derecho y Estado Constitucional de Derecho. Los Estados legislativos de derecho son llamados también de paleo-iuspositivistas, y surgen con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica; por otro lado, los Estados Constitucionales de Derecho son denominados modelos neo-iuspositivistas, producto de la difusión en Europa, tras la segunda guerra mundial, de las constituciones rígidas y del control, de constitucionalidad de las leyes ordinarias<sup>436</sup>.

---

<sup>436</sup>FERRAJOLI, Luigi. "Pasado y futuro del estado de derecho", en *Revista internacional de filosofía política*, n. 17, 2001, p. 31. El mismo artículo ha sido

Este salto del Estado legislativo de Derecho al Estado Constitucional de Derecho es un punto en común, celebrado por neoconstitucionalistas y garantistas.

---

publicado, posteriormente en el libro coetánea de artículos sobre el tema “neoconstitucionalismo, bajo la Edición de Miguel CARBONELL: FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del estado de derecho”, en CARBONELL, Miguel (Ed). *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid. Ed. Trotta - UNAM, 2009, traducción al castellano de ALLEGUE, Pilar, pp. 13-29. En su obra *Principia Iuris*, el autor explica también la diferencia entre los dos modelos de Estado que propone: “En la experiencia de la Europa continental el estado de derecho en sentido lato o débil ha asumido las formas de lo que llamaré ‘estado legislativo de derecho’, fruto de la que podemos considerar la primera revolución jurídica moderna: la afirmación del monopolio estatal de la producción legislativa, expresado por las *codificaciones*, y la consiguiente *legitimación formal* de la eficacia de los actos preceptivos, cualesquiera que sean los efectos producidos, en función (*solamente*) de la *forma* legal de las normas que los prevén. El estado de derecho en sentido estricto o fuerte se ha afirmado en cambio como ‘estado constitucional de derecho’ gracias a la que podemos considerar la segunda revolución jurídica moderna: la sujeción de toda la producción del derecho a principios normativos, como los derechos fundamentales y el resto de principios axiológicos sancionados por *constituciones* rígidas, y la consiguiente *legitimación sustancial* de la eficacia de todos los actos de poder, incluidos los legislativos, en función (también), de los contenidos o significados que expresan.” en FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, traducción al castellano de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, BAYÓN, Carlos, GASCÓN, Marina, PRIETO SANCHÍS, Luis y RUIZ MIGUEL, Alfonso, vol. 1, pp. 461-462.

Como ya hemos afirmado, su artículo “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”<sup>437</sup> ha tenido una gran repercusión en el mundo jurídico. En él, examina el constitucionalismo bajo el enfoque garantista, criticando las posturas que se denominan “neoconstitucionalistas”<sup>438</sup>.

Empieza con la proposición de una revisión terminológica en la expresión “neoconstitucionalismo” utilizada. Por las características que presenta, propone la denominación “constitucionalismo argumentativo o principialista”, pues reconoce una vena jusnaturalista, que transforma derechos fundamentales en valores o principios morales y favorece, por ende, la ponderación. Con ello, ocurre la fragilidad de la normatividad del derecho<sup>439</sup>.

---

<sup>437</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34, 2011, traducción al castellano de GUZMÁN, Nicolás, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), fecha 25/04/2014, 22:20, pp. 15-53.

<sup>438</sup> Aunque su teoría del garantismo tuvo su origen en el ámbito de Derecho penal, y coincide con la publicación de su obra *Derecho y Razón*, más tarde, fue desarrollada como una teoría de todo el derecho, con ámbitos de incidencia más allá del Derecho penal. Es lo que se verifica en obra *Principia iuris, teoría del derecho y de la democracia*. Véase: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 4ª edición, Madrid, Ed. Trotta, 2000, traducción al castellano por PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ y otros y FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, traducción al castellano de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, BAYÓN, Carlos, GASCÓN, Marina, PRIETO SANCHÍS, Luis y RUIZ MIGUEL, Alfonso, vols. 1,2 y 3.

<sup>439</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., pp. 20-21.

En oposición al constitucionalismo principialista, reconoce el “constitucionalismo garantista”, caracterizado, en cambio, por

“una normatividad fuerte, de tipo regulativo, es decir, por la tesis de que la mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías.<sup>440</sup>”

El constitucionalismo garantista representa un “reforzamiento del positivismo jurídico”, es decir, la producción normativa está sometida a normas de derecho positivo no sólo formales, sino también sustanciales. La consecuencia es que el Derecho ahora no sólo regula las formas, sino los contenidos, a través de los límites impuestos por el paradigma constitucional<sup>441</sup>.

Se concibe como un nuevo paradigma iuspositivista del Derecho y de la democracia y se diferencia del constitucionalismo principialista por rechazar los tres elementos que le caracterizan:

- “a) la conexión entre Derecho y moral;
- b) la contraposición entre principios y reglas y la centralidad asignada a su distinción cualitativa;
- c) el rol de la ponderación, en oposición a la subsunción, en la práctica jurisprudencial.<sup>442</sup>”

---

<sup>440</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 21.

<sup>441</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 24.

<sup>442</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 28.



### a) La separación entre moral y derecho

El primer aspecto que caracteriza el constitucionalismo garantista de FERRAJOLI es la separación entre derecho y moral. Sin embargo, no significa que las normas no tengan un contenido moral<sup>443</sup>.

Sostiene que es justamente la separación entre el Derecho y la moral que forma el presupuesto del constitucionalismo garantista y, por consiguiente, la principal garantía de la sujeción de los jueces a la ley y de su independencia<sup>444</sup>.

Según UGARTE, lo que FERRAJOLI propone, en realidad, es la adopción del método positivista al defender la separación entre Derecho y moral. Por otro lado, para los neoconstitucionalistas es necesario abandonar también el método positivista porque la vinculación entre Derecho y moral —implicada por la incorporación de principios en las constituciones democráticas— es un hecho incontestable que lógicamente implica un cambio en el método para estudiar los sistemas jurídicos contemporáneos. Esta tesis está en el punto de partida de la obra de DWORKIN<sup>445</sup>.

---

<sup>443</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 28.

<sup>444</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 32.

<sup>445</sup> UGARTE, Pedro Salazar. “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34, 2011, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), fecha 25/04/2014, 22:30, p. 298. Continúa el autor, destacando el pensamiento de DWORKIN: “Al hablar de

Rechaza la conexión entre Derecho y Moral propuesta por los neoconstitucionalistas, pero, es innegable que, en algunos momentos, es inevitable. El propio FERRAJOLI así lo reconoce, expresamente:“(...) tampoco tendría sentido negar que, en el ejercicio de la discrecionalidad interpretativa generada por la indeterminación del lenguaje legal, el intérprete es a menudo guiado por opciones de carácter moral”<sup>446</sup>.

Y reconoce que pueden existir juicios morales en derecho justamente cuando hay conceptos jurídicos indeterminados.

De la misma forma, señala PINO que en algunos casos hay una relación necesaria entre Derecho y Moral y, en el ámbito de la interpretación del Derecho, es inevitable reconocer que, en la concreción de conceptos jurídicos indeterminados, la solución del problema requiere que el juez recurra a juicios morales<sup>447</sup>. Aún, sostiene que

“los iuspositivistas hayan dedicado, y dediquen todavía (el ensayo de Ferrajoli es, en cualquier modo, un ejemplo) considerables energías intelectuales a la defensa de la versión típicamente

---

‘*moral rights*’, este autor, defiende la tesis de que es necesario realizar una *moral reading of the constitution* que supone un alejamiento definitivo del positivismo jurídico”.

<sup>446</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 28.

<sup>447</sup> PINO, Giorgio. “Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral: sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2011, traducción al castellano de MORENO CRUZ, Diego, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), fecha 25/04/2014, 22:20, p. 222.

iuspositivista de la tesis de la separabilidad, subestimando la importancia y la inevitabilidad de otros tipos de relaciones entre Derecho y moral especialmente en el Estado constitucional de Derecho<sup>448</sup>

Así, compartimos con la tesis de que, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, es inevitable la fusión entre el razonamiento jurídico y el razonamiento moral.

Aun cuando defiende la, según él, necesaria separación entre Derecho y moral, FERRAJOLI afirma que no se puede confundir validez con justicia de la norma. Estas divergencias no pueden ser reparadas por la interpretación moral y por la ponderación judicial, como pretenden las doctrinas del constitucionalismo principialista<sup>449</sup>.

Entonces, lo que propone FERRAJOLI es que, en los casos de lagunas<sup>450</sup> o antinomias, su reparación no se puede confiar al

---

<sup>448</sup> PINO, Giorgio. “Principios, ponderación...” cit., p. 222.

<sup>449</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 34.

<sup>450</sup> Hay que esclarecer aquí que el concepto de laguna de FERRAJOLI fue desarrollado en el primer capítulo. En artículo específico, FERRAJOLI, Luigi. “Para una refundación epistemológica de la teoría del derecho”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez: un panorama de la filosofía jurídica y política*. Granada, Ed. Universidad de Granada, 2010, n. 44, p. 427, el autor italiano resume su concepción de lagunas, explicando de la siguiente forma: “Uso “antinomia” y “laguna” en un sentido más restringido que el de su uso corriente. Con estos términos, que se han revelado centrales en la teoría de la democracia constitucional, designo solamente las antinomias y las lagunas relevantes respecto de normas de rango superior y, por tanto, configurables —de modo diferente a las antinomias y las lagunas entre normas del mismo nivel, resueltas por el intérprete con el recurso, en el primer caso, al criterio cronológico y al de

activismo interpretativo de los jueces, sino solo a la legislación, en los casos de lagunas, y a la jurisdicción constitucional, por medio de la anulación de las normas inválidas, en lo que se refiere a las antinomias<sup>451</sup>.

A los jueces cabría, solamente, evidenciar las lagunas estructurales, indicando al parlamento su existencia, para que, entonces, el legislador las colme<sup>452</sup>. Es decir, si carece una ley que

---

especialidad y, en el segundo, con el recurso a la analogía— como “violaciones” de las normas de nivel superior: esto es, como “vicios” del ordenamiento, no solubles por el intérprete, que comportan la no aplicabilidad, si esos vicios no se superan, de la norma de nivel superior respecto de la cual son predicables, en el primer caso, por la presencia y la aplicación de una norma de grado inferior que choca con ella y que requiere ser expulsada, y, en el segundo, por la ausencia y la no aplicabilidad de sus normas de actuación que requieren ser introducidas. Sobre estos tipos de “antinomia” y de “laguna”, que he llamado “estructurales”, en oposición a las antinomias y las lagunas “aparentes” en cuanto solubles por el intérprete”.

<sup>451</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 34.

<sup>452</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 34. En Brasil, el artículo 5º, LXXI de la Constitución, establece el “Mandado de Injunção” para las hipótesis de omisión legislativa. Está previsto en el rol de los derechos fundamentales: “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”

establezca límites y reglamente el ejercicio para un derecho fundamental, al juez no será permitido más que denunciar la existencia de la laguna ilegítima en el ordenamiento.

Así, según FERRAJOLI, no serán los jueces los encargados de colmar las lagunas en la ausencia de concretización de derechos fundamentales. La consecuencia es una reducción de la discrecionalidad judicial, al transferir al legislativo la promoción de la normatividad necesaria para colmar las lagunas surgidas del incumplimiento de las normas constitucionales<sup>453</sup>.

No es permitido al juez promover el derecho en sustitución del legislador ya que, para FERRAJOLI, en razón de la separación de los poderes, la garantía jurisdiccional no puede avanzar hasta la usurpación de la función legislativa.

---

En principio, el “Mandado de Injunção” era utilizado solamente para declarar la omisión legislativa existente, exactamente como propone FERRAJOLI. Más tarde, a partir de 2007 (Mandado de Injunção 721), el Supremo Tribunal Federal ha cambiado el entendimiento, consolidando nuevo posicionamiento, según el cual, reconocida la mora en la producción de la norma, debe el Poder Judiciario asegurar, desde luego, el ejercicio del derecho imposibilitado por la omisión, teniendo tal decisión efectos vinculantes.

<sup>453</sup> Analiza esta cuestión CADEMATORI, Sérgio Urquhart de y STRAPAZZON, Carlos Luiz. “Sistema garantista e protagonismo judicial”, en *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, dirección de FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz e KARAN TRINDADE, André, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2012, p. 209.

No compartimos con esa tesis de FERRAJOLI. Restringir la actuación del Poder Judicial al reenvío de la norma al parlamento tiene resquicios del *référé législatif*. Más que evitar posibles discrecionalidades del Poder Judicial, y comprometer su sujeción a la ley, limitar el papel de la jurisdicción a señalar las lagunas es comprometer la efectividad de los derechos fundamentales, y el deber que tiene el Poder Judicial de juzgar.

### **b) El rechazo a la contraposición entre principios y reglas**

El segundo punto de desacuerdo de FERRAJOLI con el constitucionalismo principialista es la distinción entre reglas y principios que propone aquella teoría, por representar, según el autor, un riesgo de debilitamiento del rol normativo de las constituciones y, por ello, de la jerarquía de las fuentes.

El modelo adoptado por los neoconstitucionalistas (o por el constitucionalismo principialista) sería lo propuesto por DWORKIN y ALEXI, según el cual “las normas constitucionales que formulan objetivos políticos y/o valores morales y/o derechos fundamentales, tienen la forma de principios y no de reglas”<sup>454</sup>.

El efecto de esa concepción es que, al contrario de las reglas, que se aplican a los casos previstos, prevén hechos típicos subsumibles a ellas, describiendo los casos que son aplicables en forma cerrada, los principios, por otro lado, poseen carácter más

---

<sup>454</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 35.

indeterminado y genérico, se comparan entre sí y entran en conflicto. Aún, los principios se conciben de forma abierta, y carecen de supuesto de hecho, motivo por lo cual no son aplicables, sino solo ponderables<sup>455</sup>.

Según FERRAJOLI, los derechos fundamentales son universales y por ello consisten en normas, interpretables siempre como reglas, a las que corresponden deberes absolutos que también consisten en reglas<sup>456</sup>.

Considerar que las normas constitucionales son principios, y no reglas, sería debilitar la normatividad de la Constitución. Entendiendo que las normas constitucionales no son normas rígidamente vinculantes es admitirlas como principios ético-políticos, fruto de argumentaciones morales<sup>457</sup>.

Todavía, si admitimos que los principios constitucionales son una “positivación de valores” legitimamos la creación de otros principios no previstos originalmente en la Constitución<sup>458</sup>. En

---

<sup>455</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 35. Véase, todavía, ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ed. Ariel, 1996, p. 22 y ss.

<sup>456</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., pp. 40-41.

<sup>457</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 43.

<sup>458</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Neoconstitucionalismo, positivismo...”, cit., p. 65. El autor ejemplifica varios principios que han sido creados por los Tribunales de Brasil, que se dicen derivados de los principios constitucionales, pero no están previstos en legislación alguna, tampoco en la Constitución. Es el caso del “principio de la felicidad”, por el cual la Constitución garante que todos sean felices.

realidad, la situación es de una creatividad creciente de un conjunto de coartadas teóricas que vienen recibiendo “convenientemente” el nombre de principios.

Concluye el autor italiano que esta situación es una verdadera agresión a la sujeción de los jueces a la ley, y por ello los principios constitucionales poseen carácter prescriptivo:

“Los principios constitucionales – en particular los que enuncian derechos – son normas prescriptivas, no neutralizables por principios ético-políticos. Tal es la sustancia y el rol garantista del constitucionalismo iuspositivista que se pone en riesgo con el enfoque principialista: el carácter rígidamente normativo de los principios formulados en las constituciones, no ponderables con principios no expresados en ellas y supra-ordenados a todos los poderes dotados de potestad normativa, a los que prescriben lo que está prohibido y lo que es obligatorio decidir, en garantía de los derechos fundamentales que estipulan.”<sup>459</sup>

### **c) El rechazo a la ponderación**

La tercera objeción que hace FERRAJOLI al constitucionalismo principialista es derivada de las dos anteriores y es la que más contacto tiene con el tema central del trabajo.

Según la propuesta del constitucionalismo principialista, los principios constitucionales son siempre objeto de ponderación y no

---

<sup>459</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 43.



de aplicación; en algunos casos, incluso, son ponderados como principios morales inventados por los jueces<sup>460</sup>.

Con ello, los jueces acaban, a través de la ponderación, creando normas. El peligro es evidente: por un lado, se teme verdaderos activismos judiciales; por otro, y en consecuencia de ello, se afecta la separación de poderes, debilitando la sujeción de los jueces a la ley, lo que influye en la propia legitimación del Poder Judicial<sup>461</sup>.

FERRAJOLI, así, condena la creación judicial del derecho, pero reconoce que hay espacios de discrecionalidad de la jurisdicción que son innegables, defendiendo que estos espacios pueden ser reducidos, pero no suprimidos <sup>462</sup>.

---

<sup>460</sup> FERRAJOLI, Luigi, "Constitucionalismo principialista..." cit., p. 44.

<sup>461</sup> FERRAJOLI, Luigi, "Constitucionalismo principialista..." cit., p. 43.

<sup>462</sup> FERRAJOLI, Luigi, "Constitucionalismo principialista..." cit., pp. 44-45. El autor examina estos espacios de discrecionalidad en materia penal, que ha desarrollado, por primera vez, en su *Derecho y razón*, y vuelta a explicar en esta oportunidad: "se pueden distinguir tres espacios fisiológicos e insuprimibles de discrecionalidad judicial, a los que corresponden otros tantos tipos de poder: el *poder de calificación jurídica*, que corresponde a los espacios de la interpretación de la ley, ligados a la semántica del lenguaje legal; el *poder de verificación fáctica* o de valoración de la pruebas, que corresponde a los espacios de la ponderación de los indicios y de los elementos probatorios; el *poder equitativo de connotación* de hechos comprobados, que corresponde a los espacios de la comprensión y ponderación de los rasgos particulares e irrepetibles de cada hecho, aun cuando sean todos igualmente subsumibles en la misma figura típica."

Aun analizando la ponderación, la concibe en oposición a la subsunción, y la identifica con la interpretación sistemática, es decir, “la interpretación del sentido de la norma a la luz de todas las demás del sistema”<sup>463</sup>. Sin embargo, la diferencia está en que la ponderación amplía indebidamente la discrecionalidad judicial hasta el punto de anular la sujeción del juez a la ley.

Ello porque, cuando los principios entran en colisión, uno de ellos tiene que ceder al otro, y la elección se da por medio de una actividad orientada por exigencias de justicia<sup>464</sup>.

Esta elección de la opción de más peso (más justo o más importante) es observada no solamente con los principios, pero en cualquier actividad jurisdiccional. Son opciones ético-políticas opinables y argumentables, y están por detrás de interpretaciones judiciales de un mismo texto, cuando este presenta indeterminaciones<sup>465</sup>.

El ejemplo que ofrece FERRAJOLI es justamente de los conceptos jurídicos indeterminados (en el caso, peligrosidad social). Para su interpretación, según el autor, solamente serán válidas las compatibles con la Constitución. Sin embargo, si por la excesiva indeterminación semántica de las normas y por la ausencia de garantías el juez termina de hecho por ser un poder creativo,

---

<sup>463</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 47.

<sup>464</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 47. Aquí, FERRAJOLI describe la ponderación según ALEXY.

<sup>465</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 48.

entonces se convierte en lo que denomina “poder de disposición”, considerado ilegítimo, ya que “invade la competencia política de las funciones del gobierno, y, por tanto, no puede aceptársele sin negar la separación de poderes y el mantenimiento del Estado de Derecho”<sup>466</sup>.

Por otro lado, el constitucionalismo principialista confía la solución de estos problemas a la ponderación judicial, y esta postura debilita la normatividad de las Constituciones y la fuente de legitimación de la jurisdicción.

La fórmula de FERRAJOLI requiere un Poder Judicial lo más limitado posible, donde se pueda constatar su vinculación a la ley y a la Constitución. De esta forma, no pueden crear normas, tampoco ignorarlas; un comportamiento así acarrearía la invasión en la esfera política de la legislación. Estarán, sí, legitimados a censurar la invalidez de las normas cuando contrarias a la Constitución<sup>467</sup>.

En esta línea, explica de la siguiente manera la legitimidad de la jurisdicción<sup>468</sup>:

“la legitimidad de la jurisdicción se funda, a mi parecer, en el carácter lo más cognoscitivo posible de la subsunción y de la aplicación de la ley, dependiente a su vez, mucho más que de su formulación como regla, del grado de taxatividad y de determinación del lenguaje legal; mientras la indeterminación

---

<sup>466</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 48.

<sup>467</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 50.

<sup>468</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 50.

normativa, y la consiguiente discrecionalidad judicial, son siempre un factor de deslegitimación de la actividad del juez.”

Por lo tanto, de ahí ya es posible casi que anticipar la conclusión que llega el autor italiano en lo que dice respecto a los conceptos jurídicos indeterminados: la eliminación, siempre que posible, de las indeterminaciones de la legislación.

Mientras los neoconstitucionalistas (o adeptos del constitucionalismo principialista) apuntan el aumento de los conceptos jurídicos indeterminados como una de las transformaciones del ordenamiento jurídico, que fueran necesarias para llevarse a cabo los nuevos compromisos asumidos por el Estado Constitucional, FERRAJOLI identifica una verdadera crisis del lenguaje legal<sup>469</sup>.

En uno de sus aspectos<sup>470</sup>, la crisis afecta al principio de legalidad, y tiene su origen en la inflación legislativa y en la disfunción del lenguaje legal: “Las leyes, en todos los ordenamientos avanzados, se cuentan ahora ya por decenas de miles y están formuladas en un

---

<sup>469</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 51.

<sup>470</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del estado de derecho”... cit., p. 35. El autor esclarece los aspectos de manifestación de la crisis del Estado legislativo y del Estado Constitucional: “Ésta crisis se manifiesta en otras tantas formas de regresión a un derecho jurisprudencial de tipo premoderno: por un lado, el colapso de la capacidad reguladora de la ley y el retomo al papel creativo de la jurisdicción; por otro, la pérdida de la unidad y coherencia de las fuentes y la convivencia y superposición de diversos ordenamientos concurrentes”.

lenguaje cada vez más oscuro y tortuoso, dando lugar a veces a intrincados enredos y laberintos normativos”<sup>471</sup>.

Sostiene que esto no es un fenómeno natural, y que la oscuridad, la vaguedad y la indeterminación del lenguaje de la ley favorecen la discrecionalidad y, consecuentemente, el activismo judicial. Atribuye la culpa por esta crisis a la política y a la cultura jurídica, por la mala legislación y por el carácter vago y valorativo de las normas, lo que compromete la capacidad regulatoria del Derecho<sup>472</sup>.

Los conceptos jurídicos indeterminados serían, para FERRAJOLI, verdaderos vicios jurídicos, que comprometen la sujeción del juez a la ley y, por ende, el mantenimiento del propio Estado de Derecho. Por ello, propone que la solución está en la elaboración de la ley, de manera a evitarse que existan leyes que presenten oscuridad, vaguedad o indeterminaciones:

“(…) debemos darnos cuenta de que la oscuridad, la vaguedad y la indeterminación del lenguaje legal, aun cuando en alguna medida ineliminables, no son simples defectos de la legislación. Son un vicio jurídico de ésta, porque violan los principios de la separación de los poderes y de la sujeción de los jueces a la ley, y, por ello, comprometen el mantenimiento del edificio del Estado de Derecho en su totalidad. Por eso, la ciencia jurídica debería hoy retomar el programa ilustrado de Gaetano FILANGIERI y de Jeremy BENTHAM de una ‘ciencia de la legislación’, integrándolo con el programa de una ‘ciencia de la constitución’, como la llamó Giandomenico ROMAGNOSI. Pasada la época de las primeras constituciones, que se caracterizaban inevitablemente por un lenguaje declamatorio, nada impide el desarrollo de una técnica de

---

<sup>471</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del estado de derecho”... cit., p. 36.

<sup>472</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 51.

formulación de las normas legislativas y constitucionales —de las reglas y de los principios, como así también de sus límites y de los límites a sus límites, a su vez enunciados explícitamente— en un lenguaje lo más simple, claro y preciso posible”<sup>473</sup>.

#### **d) La propuesta de FERRAJOLI y los conceptos jurídicos indeterminados**

Conforme ya hemos señalado, aunque FERRAJOLI conteste la tesis de conexión entre Derecho y Moral propuesta por los neoconstitucionalistas, reconoce, expresamente que: “(...) tampoco tendría sentido negar que, en el ejercicio de la discrecionalidad interpretativa generada por la indeterminación del lenguaje legal, el intérprete es a menudo guiado por opciones de carácter moral”<sup>474</sup>. Es decir, los juicios morales que admite existir se dan justamente cuando hay conceptos jurídicos indeterminados.

La propuesta de FERRAJOLI para los conceptos jurídicos indeterminados sería apostar en la Ciencia de la Legislación, integrándola con el programa de una Ciencia de la Constitución, que resulte en un ordenamiento con un lenguaje lo más simple, claro y preciso posible<sup>475</sup>.

Llega a la conclusión que la indeterminación del lenguaje legal, juntamente con la oscuridad y la vaguedad, aun cuando

---

<sup>473</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 52.

<sup>474</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 28.

<sup>475</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 52.

ineliminables, es siempre un defecto de la legislación, un vicio jurídico, “porque violan los principios de la separación de los poderes y de la sujeción de los jueces a la ley, y, por ello, comprometen el mantenimiento del edificio del Estado de Derecho en su totalidad.”<sup>476</sup>

Pero, importante resaltar, admite el autor italiano que los conceptos jurídicos indeterminados, en algunos casos, son ineliminables del ordenamiento jurídico, y eso venimos defendiendo desde el primer capítulo de este trabajo.

Ahora bien, simplemente admitir que los conceptos indeterminados existen y no pueden ser eliminados totalmente, y que la indeterminación del lenguaje legal y la consiguiente discrecionalidad son siempre un factor de deslegitimación de la actividad del juez, no es encontrar la solución para el problema<sup>477</sup>.

Es cierto que la retomada a la Ciencia de la Legislación hasta podría resultar en leyes con un lenguaje más simple, claro y preciso. Sin embargo, hay que preguntarse: ¿sería la eliminación o la reducción de los conceptos jurídicos indeterminados la mejor alternativa?

Por todas las ventajas y beneficios que hemos señalados que la figura legal indeterminada puede traer para el ordenamiento jurídico, seguramente su eliminación de los ordenamientos no nos parece ser la mejor alternativa.

---

<sup>476</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 51.

<sup>477</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 50.

Por ello, creemos que la tesis de FERRAJOLI es insuficiente en este sentido pues: propone la eliminación de los conceptos jurídicos indeterminados; con todo, en aquellos que son ineliminables, incidirá la discrecionalidad del juzgador, degenerando, así, el Poder Judicial en lo que denomina del ilegítimo “poder de disposición”<sup>478</sup>.

Así, lo que falta en la teoría de FERRAJOLI es el desarrollo de la teoría en lo que dice respecto a la interpretación.

ATIENZA ya ha reconocido la carencia de su teoría en el área de la interpretación:

“FERRAJOLI, al considerar el Derecho esencialmente como un conjunto de normas, de reglas, tiende a pensar que en la aplicación del Derecho lo que existe es algo así como subsunción y discrecionalidad, al tiempo que es notablemente escéptico a propósito de la ponderación. O, dicho de manera quizás más matizada, dado que, en su opinión, no hay una diferencia cualitativa entre reglas y principios, no puede haber tampoco una diferencia relevante en cuanto a su utilización para resolver problemas prácticos. El resultado es una teoría poco desarrollada de la interpretación y de la argumentación jurídicas y una carencia de instrumentos teóricos con los que poder dar cuenta de un aspecto importante de nuestra práctica jurídica: la que concierne a los casos difíciles en materia de derechos fundamentales”<sup>479</sup>.

---

<sup>478</sup> El poder de disposición es tratado por FERRAJOLI en su obra *Derecho y razón*, donde lo cualifica como un poder carente de legitimación cunado, en total defecto de estricta legalidad, se convierte en arbitrariedad, en FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...* cit., pp. 166 y ss.

<sup>479</sup> ATIENZA, Manuel. “Tesis sobre Ferrajoli” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, 2008, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com>, fecha 21/04/2014, 22:30, p. 215.



Para el positivismo, la interpretación queda en un segundo plano y por ello no es capaz de dar, solo, las respuestas a los problemas que surgen, como, por ejemplo, los conceptos jurídicos indeterminados. La propuesta de control del lenguaje jurídica no es suficiente para controlar las decisiones judiciales<sup>480</sup>.

La crítica a la discrecionalidad judicial no debe ser entendida como una prohibición de interpretar. Las vaguedades e indeterminaciones lingüísticas son inherentes al ordenamiento jurídico, como mucho ya se ha justificado en este presente trabajo, y a estas expresiones se necesita dar sentido.

Sin embargo, la tarea de concretar los conceptos jurídicos indeterminados no depende de una subjetividad tamaña, como si los sentidos atribuidos resultaran de la voluntad del intérprete, como si la interpretación a ser hecha por los jueces fueran un acto de voluntad<sup>481</sup>.

Lo que no se puede admitir es la transformación de jueces en legisladores, y en este punto están de acuerdo tanto DWORKIN como FERRAJOLI. Considerar de ésta forma, ciertamente, representaría un ataque a la legitimación el Poder Judicial y en los propios fundamentos de Estado de Derecho.

---

<sup>480</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Neoconstitucionalismo, positivismo...”, cit., p. 88.

<sup>481</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Neoconstitucionalismo, positivismo...”, cit., p. 90.

KARAN defiende la idea de ser imprescindible se operar en dos niveles que son, en realidad, complementares: de un lado, una teoría de la legislación, justamente para reducir la indeterminación del lenguaje legal; de otro lado, con todo, una teoría de la decisión, que establezca los parámetros que deberán orientar los límites de la actuación de los tribunales durante el proceso de interpretación y aplicación del Derecho<sup>482</sup>.

Nosotros no compartimos totalmente con la idea de KARAN. Defendemos la existencia en la ley de conceptos jurídicos indeterminados y no creemos que la eliminación de la indeterminación sea la mejor respuesta delante de todas las ventajas que ofrece. Sin embargo, la segunda parte de su proposición merece atención. La idea de la creación de una teoría de la decisión, con el objetivo de orientar y limitar la actuación de los jueces en el proceso de aplicación del Derecho sería una herramienta útil para el actuar de los jueces en la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados, dentro de los parámetros de la propuesta del garantismo.

Porque, de la manera como está propuesta su tesis, según FERRAJOLI, no habría medios de considerarse la legitimidad del Poder Judicial en la aplicación jurisdiccional de los conceptos jurídicos indeterminados.

---

<sup>482</sup> KARAN TRINDADE, André. “Garantismo *versus* neoconstitucionalismo...” cit., p. 126-127.

Nosotros, por otro lado, entendemos que sí, hay medios. Por ello, deben ser estudiadas alternativas para entender la legitimación del Poder Judicial delante de los conceptos jurídicos indeterminados.

#### **4. Consideraciones sobre la adopción de una corriente de pensamiento en la creación judicial del Derecho**

Tras el breve análisis de las principales corrientes de pensamiento que marcaron la evolución de la creación judicial del Derecho, concluimos lo siguiente:

La creación judicial del Derecho sufrió, al principio de la era de la codificación, la represión absoluta. Era vedada y la interpretación misma de la ley, siquiera cabría al juez, siendo considerada esta tarea propia del legislador. Con el pasar de los años, surgieron nuevas teorías como reacción a esta posición. De ahí entonces se dividieron vertientes diferentes: eran planteamientos extremados proponiendo ora la adopción de la libre creación del Derecho por el juez, ora el positivismo puro, ora posiciones intermedias, pendiendo para uno u otro lado, hasta llegar a las teorías de la actualidad que: el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo garantista.

La adopción de una corriente en el presente trabajo conduce a la aceptación de sus postulados y de las consecuencias a la hora de la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados por el juez.

No hay una teoría por completo que adoptamos. Algunos postulados sostenidos por el neoconstitucionalismo son los mejores para la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados; por otro lado, hay directrices del constitucionalismo garantista que tampoco pueden ser olvidados, y que presentan la mejor respuesta para la cuestión.

Entendemos que los conceptos jurídicos indeterminados son producto del ordenamiento jurídico que sufrió transformaciones, en razón de los nuevos compromisos asumidos por el Estado Constitucional. Por lo tanto, no compartimos la tesis de FERRAJOLI, que cree que las indeterminaciones del lenguaje legal representan un vicio jurídico, y serían resultado de la crisis del principio de legalidad y, en consecuencia, del lenguaje legal.

Tampoco entendemos que la solución ofrecida por el autor italiano, de retomar el programa de una Ciencia de la Legislación integrándolo con el programa de una Ciencia de la Constitución pueda resolver el problema de los conceptos jurídicos indeterminados.

Ello porque, no buscamos eliminarlos del ordenamiento jurídico, sino encontrar medios para que la actuación del juez sea legítima frente a ellos. Todos los beneficios y ventajas de la técnica normativa de los conceptos indeterminados ha sido ampliamente analizada y es imposible, hoy, concebir un ordenamiento jurídico de un Estado Social y Democrático de Derecho que no la utilice.

En un punto concordamos con FERRAJOLI, pero también con DWORKIN: no se puede admitir la transformación de los jueces en legisladores.

Concordamos que la judicialización de la política es un fenómeno inevitable, pero que hay que tener límites, para que no ultrapase la frontera del aceptable y se transforme en activismos judiciales.

Estamos de acuerdo con FERRAJOLI cuando afirma que la sujeción del juez a la ley debe ser a la ley válida, es decir, coherente con la Constitución, y es el texto constitucional que debe ser el parámetro.

Respecto de la conexión entre moral y derecho, entendemos que acierta FERRAJOLI al reconocer, expresamente:“(...) tampoco tendría sentido negar que, en el ejercicio de la discrecionalidad interpretativa generada por la indeterminación del lenguaje legal, el intérprete es a menudo guiado por opciones de carácter moral”<sup>483</sup>.

Reconoce, así, que pueden existir juicios morales en derecho justamente cuando hay conceptos jurídicos indeterminados.

Aunque no seamos partidarios de “decisionismos”, tampoco de “convicciones personales”, es inevitable admitir que, en algunos casos hay una relación necesaria entre Derecho y Moral y, en el

---

<sup>483</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 28.

ámbito de la interpretación del Derecho, es forzoso consentir que, en la concreción de conceptos jurídicos indeterminados, la solución del problema requiere que el juez recurra a juicios morales<sup>484</sup>.

Así, estamos de acuerdo con la tesis de que, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, es necesaria la fusión entre el razonamiento jurídico y el razonamiento moral.

---

<sup>484</sup> PINO, Giorgio. "Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral: sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2011, traducción al castellano de MORENO CRUZ, Diego, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), fecha 25/04/2014, 22:20, p. 222.

## **PARTE II – EL PODER JUDICIAL**

### **Capítulo IV**

#### **LOS PRECEDENTES REVOLUCIONARIOS DEL PODER JUDICIAL: UNA PERSPECTIVA DE LAS REVOLUCIONES NORTEAMERICANA Y FRANCESA**

##### **1. Introducción**

La cuestión de la vinculación del juez a la ley, y, consecuentemente, del problema de la legitimación del Poder Judicial, está relacionada con los antecedentes del Estado de Derecho, porque fue tras su surgimiento que se firmaron como estructura del Estado el fundamento de la división de los poderes y se consolidó la soberanía de la ley y la consecuente sumisión de los poderes del Estado a ella como ideal político. Así, es inevitable el estudio de citadas cuestiones sin hacer referencia a su momento de desarrollo.

El contexto histórico fue justamente los finales del siglo XVIII, cuna del movimiento más importante que señaló esa época, la Revolución Francesa, motivo por el cual se hace necesario un breve análisis de ese movimiento, apuntando su ideología motivadora, importancia y tangencia en el tema ahora propuesto. Aunque no goce de la misma notoriedad que el movimiento revolucionario francés, la

Revolución Norteamericana posee un papel relevante en las cuestiones que ocupan este estudio, por ello, serán también examinados sus principales aspectos que guardan relación con el tema.

El resultado de ambos procesos revolucionarios fue que han surgido dos modelos distintos de Poder Judicial: el norteamericano, basado en el *common law* y el europeo continental, basado en el *civil law*.

Este cuadro evolutivo lleva forzosamente al análisis y situación del Poder Judicial, e consecuentemente de la teoría de la división de los poderes, sus efectos y repercusiones en la problemática tratada en el presente trabajo.

## **2. El Poder Judicial en las revoluciones liberales del siglo XVIII**

### **A) Consideraciones acerca de la influencia de la Revolución Norteamericana en la Revolución Francesa**

Es común encontrar en la literatura, cuando del estudio del nacimiento del Estado liberal se trata, referencias solamente de la Revolución Francesa, como si fuera el único hecho relevante en la historia responsable por su origen.

No obstante el modelo francés, con sus peculiaridades y diferencias del norteamericano, haber sido el ejemplo para la mayoría



de los Estados europeos que lo siguieron, la experiencia norteamericana se reviste de especial relevancia: ocurrió antes que la francesa, y, seguramente, fue uno de los factores que indujeron a los franceses a reaccionar contra el absolutismo entonces dominante<sup>485</sup>.

La revolución de los Estados Unidos fue un arquetipo peculiar frente a los demás modelos constitucionales surgidos en Europa tras la desaparición de las monarquías absolutas, además de que su arquitectura constitucional, conforme señala BLANCO VALDÉS, “va a manifestarse, ciertamente, como la expresión más acabada del intento racional de organizar una forma de gobierno.”<sup>486</sup>

Sin embargo, cabe destacar que, pese la innegable influencia habida, son dos movimientos distintos. Las condiciones sociales de

---

<sup>485</sup> BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor de la constitución*, Madrid, Ed. Alianza, 1998, p. 37.

<sup>486</sup> BLANCO VALDÉS, Roberto L. “El estado social y el derecho político de los norteamericanos”, en *Fundamentos: cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público y historia constitucional*, dirigido por PUNSET BLANCO, Ramón, BASTIDA FREIJEDO, Francisco J y VARELA SUANZES, Joaquín, Oviedo, Ed. Junta General del Principado de Asturias, 2000, vol. 2, p. 98. Todavía, continúa el autor, respecto del ejemplo que representó Norteamérica a los demás modelos constitucionales surgidos en Europa: “Norteamérica acabará ejemplificando, con una intensidad que los europeos no podrán posteriormente ni siquiera a imaginar, las posibilidades de ordenar racionalmente las constituciones del Estado y de la sociedad que existían allí donde a tal ordenación racional no se oponían, como ocurriría en todos los países europeos, los obstáculos sociales e institucionales derivados de la existencia del Antiguo Régimen y de la más trascendental de sus manifestaciones institucionales: las monarquías absolutas.”

Francia se distinguían de las de Norteamérica en innumerables factores. Lo más relevante y particular es que la Nación americana se caracterizaba por una homogeneidad social, es decir, todos eran políticamente iguales, sin distinciones estamentales, aunque hubiera clases diversas, como profesionales y comerciantes. Por otro lado, en Europa, en concreto en Francia, había una verdadera pluralidad estamental<sup>487</sup>.

La descripción del escenario de la época la hace con propiedad TOCQUEVILLE. Tras su estancia en el otro lado del Atlántico, estudiando como se organizaba aquella democracia, escribió su obra “La democracia en América”. En ella, declara su deslumbramiento resultante de su experiencia, por haber encontrado una verdadera sociedad homogénea:

“América presenta, pues, en su estado social, el más extraño fenómeno. Los hombres se muestran más iguales por su fortuna y por su inteligencia, o, dicho en otros términos, más igualmente fuertes que lo son en ningún país del mundo, y que lo hayan sido en ningún siglo de los que la historia conserva recuerdo.<sup>488</sup>”

Las diferencias sociales existentes en América y Europa no sólo fueron la causa del destino que tomó cada una de las revoluciones, sino que fue uno de los motivos que impulsó a los revolucionarios franceses. Así que, fundamentalmente, fue América, no la Revolución Americana, que inspiró a los revolucionarios franceses. Es que, la prosperidad de América ya era bien conocida

---

<sup>487</sup> BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor...*, cit., pp. 111-112.

<sup>488</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en América*, Madrid, Ed. Orbis, 1969, edición a cargo de MAYER, J. P., p. 38.

por los europeos, cuya gran mayoría vivía en estado de la más absoluta miseria. No existía en la escena americana, a diferencia de lo que ocurría en los restantes países del mundo, la pobreza. Y es posible ir todavía más lejos: lo que no existía en Norteamérica era la miseria y la indigencia<sup>489</sup>. Por ello, el problema que planteaban los revolucionarios americanos no era social, sino político, y se refería a la forma de gobierno, no a la ordenación de la sociedad.

Lo que, definitivamente, distingue los dos movimientos es el alcance de sus efectos. La revolución de Norteamérica sigue siendo un acontecimiento de gran relevancia, pero, principalmente, para la historia de los Estados Unidos, produciendo huellas de alcance más

---

<sup>489</sup> Respecto de la influencia de la Revolución Americana sobre la Francesa, entiende ARENDT, Hannah. *Sobre la revolución*, Madrid, Ed. Alianza, 1988, traducción al castellano de BRAVO, Pedro, pp. 24-25: “Los eruditos han discutido mucho acerca de la influencia de la Revolución americana sobre la francesa (así como de la influencia decisiva de los pensadores europeos sobre el curso de la propia Revolución americana). Sin embargo, por justificadas y ilustrativas que sean estas investigaciones, ninguna de las influencias ejercidas sobre el curso de la Revolución Francesa – tales como el hecho de que se iniciase con la Asamblea Constituyente o que la *Déclaration des Droits de l’Homme* se redactase según el modelo de la Declaración de Derechos de Virginia – puede equipararse al impacto de lo que el Abate Raynal ya había denominado ‘la sorprendente prosperidad’ de los países que todavía eran colonias inglesas en América del Norte. (...) No fue la Revolución americana, sino las condiciones existentes en América, que eran bien conocidas en Europa mucho antes de que se produjese la Declaración de Independencia lo que alimentó el espíritu revolucionario en Europa.” Todavía, un interesante análisis de la influencia de la Revolución Americana sobre la Francesa, a corto y a largo plazo, lo hace BLANCO VALDÉS, Roberto L. “El estado social...”, *cit.*, pp. 97-164.

reducido. La Revolución Francesa, por su parte, es diferenciada por irradiar influencia universal, es decir, “proporcionó el patrón para todos los movimientos revolucionarios subsiguientes, y sus lecciones (interpretadas conforme al gusto de cada país o cada caudillo) fueron incorporadas en el moderno socialismo y comunismo.”<sup>490</sup>.

En Europa continental, su influencia fue notable, porque dictó la estructura del Estado adoptada en aquellos países, fundamentada en la división de los poderes, en la soberanía de la ley, y la consecuente sumisión de los poderes del Estado a ella. Aunque sea innegable la influencia de la Revolución en Norteamérica para la eclosión del movimiento revolucionario francés, los efectos generados en Europa Continental fueron los de la Revolución Francesa, y no de la Americana.

Así, fue la Revolución Francesa, no la Americana, la que tuvo más relevancia mundial; la que, en las palabras de ARENDT, “pegó fuego al mundo”<sup>491</sup>. Y fue decurso de la Revolución Francesa de donde el uso actual de la palabra “revolución” recibió sus

---

<sup>490</sup> HOBBSAWM, Eric. *La era de la revolución: 1789-1848*, Barcelona, Ed. Crítica, 2001, traducción al castellano de XIMENES DE SANDOVAL, Felipe, p. 63. Señala el autor: “La revolución francesa, en cambio, es un hito en todas las partes. Sus repercusiones, mucho más que las de la revolución norteamericana, ocasionaron los levantamientos que llevarían a la liberación de los países latinoamericanos después de 1808. Su influencia directa irradió hasta Bengala...”(p. 63).

<sup>491</sup> ARENDT, Hannah. *Sobre...*, *cit.*, p. 56.

connotaciones y resonancias a través de todo el mundo, sin excluir a los Estados Unidos<sup>492</sup>.

Por otro lado, más que hacer las debidas distinciones de uno y otro movimiento, apuntando las principales diferencias, en las consecuencias y en el alcance, es necesario también trazar los puntos convergentes.

Ambas revoluciones estaban fundadas en los mismos pilares ideológicos, es decir, fueron los ideales de los mismos pensadores, como MONTESQUIEU y ROUSSEAU, que fomentaron las acciones de los revolucionarios. En las palabras de PRIETO SANCHÍS:

“(...) además de beber en fuentes ideológicas parcialmente comunes, los textos americanos eran bien conocidos en Francia, numerosos constituyentes como Lafayette – cuyo Proyecto fue elaborado bajo los consejos de Jefferson – tenían muy presente el ejemplo del otro lado del Atlántico, e incluso es posible encontrar coincidencias casi textuales entre la Declaración de 1789 y algunos documentos como el *Bill of Rights* de Virginia”<sup>493</sup>.

Además, hay que tener en cuenta que tanto la Revolución Francesa como la Americana estuvieron dirigidas, en sus etapas iniciales, por hombres que estaban convencidos de que su papel

---

<sup>492</sup> ARENDT, Hannah. *Sobre...*, cit., p. 57. Todavía, la autora lamenta la reducida trascendencia de los efectos de la Revolución Americana: “ Lo triste del caso es que la Revolución Francesa, que terminó en el desastre, ha hecho la historia del mundo, en tanto que la Revolución americana, a la que sonrió la victoria, no ha pasado de ser un suceso que apenas rebasa el interés local.”

<sup>493</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2003, p. 53.

estaba limitado a restaurar un antiguo orden de cosas que había sido perturbado y violado por el despotismo de la monarquía absoluta o por los abusos del gobierno colonial. Entonces, accionaron en el sentido de volver a los antiguos tiempos en que las cosas habían sido como debían ser<sup>494</sup>.

Las dos revoluciones establecieron el interés por los “derechos del hombre”; pretendían haber inaugurado una nueva era para toda la humanidad, por tratarse de acontecimientos que afectaban a todos los hombres, siendo irrelevante dónde vivían, cuáles eran sus circunstancias o su nacionalidad.

Ahora bien, es incuestionable la diferencia de extensión de efectos de una y otra revolución, ocupando la Francesa papel evidentemente protagonista, notadamente en lo que dice respecto a Europa continental. Por otro lado, tampoco se discute las similitudes, como el fundamento ideológico de los principales pensadores que inspiraron uno y otro movimiento. Por eso, tras el análisis de esa base ideológica común, se pasa al análisis de los puntos principales de la Revolución en Norteamérica, y de la Revolución Francesa, ubicando el Poder Judicial en cada una de ellas.

## **B) Algunos rasgos de las principales bases filosóficas de las dos revoluciones**

---

<sup>494</sup> ARENDT, Hannah. *Sobre...*, cit., p. 45.

Del análisis de los dos movimientos revolucionarios, constatamos que la ideología inspiradora de los revolucionarios seguramente está basada en las concepciones de los pensadores ilustrados, ya que el periodo de la Ilustración, precedente a las revoluciones, fue una gran naciente de ideas.

Aunque se verifique influencia más notable de uno u otro, fue, en realidad, un movimiento conjunto que animó el deseo de transformación del escenario de la época, y que culminó con la instauración del Estado de Derecho.

El primer y innegablemente más notable influencia tuvo fue MONTESQUIEU, específicamente con su obra “Del espíritu de las leyes”. La principal característica de su teoría y que interesa a la esfera a que se ocupa éste trabajo, es el esquema de separación de poderes que planteó.

De cardinal importancia también es la doctrina propuesta por LOCKE, que, con algunas diferencias del modelo propuesto por MONTESQUIEU, también presentó una teoría de división de los poderes.

La división de las tres funciones del Estado (Ejecutiva, Legislativa y Judicial) componía la estructura del Estado, resumida por GARCÍA DE ENTERRÍA en tres concepciones básicas: leyes, tribunales y orden público<sup>495</sup>.

---

<sup>495</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, Ed. Civitas, 1994, pp. 28-29: El autor explica la estructura

LOCKE y MONTESQUIEU, en sus doctrinas de división de los poderes, concluyen que la estructura del Estado se compone justamente de esas tres concepciones clásicas (leyes, Tribunales y orden público). Aunque cada uno proponga una sistematización propia, los poderes ordenados por ambos son los mismos<sup>496</sup>.

LOCKE distingue con exactitud los tres poderes que denomina de legislativo, ejecutivo y federativo. Es en el poder legislativo que están las funciones específicas del poder judicial, y presupone la existencia de jueces neutrales (*indifferent and upright judges*)<sup>497</sup>.

Por su vez, MONTESQUIEU reordenó los mismos poderes de LOCKE: permanece el legislativo, con el mismo nombre, pero la función de juzgar, antes englobada en éste poder, ahora constituye un nuevo poder, el poder de juzgar; en el denominado poder ejecutivo

---

del Estado a través del siguiente esquema: “El Estado debe limitarse a dictar leyes generales con ese contenido característico de garantía y límite externo de la libertad. Por razón de ese objetivo, la aplicación de estas leyes se realiza a través del propio actuar libre de los ciudadanos y basta montar un sistema de Tribunales que en caso de litigio entre dos libertades encontradas decidan la aplicación controvertida. Finalmente, en sostenimiento de la efectividad de la Ley y de las sentencias, el Estado organiza un orden coactivo, un aparato policial limitado a esa labor de respaldo de la Ley que cierra la construcción del conjunto. El Estado ofrece, pues, un marco puramente formal dentro del cual la sociedad vive su propio dinamismo espontáneo, por la propia concurrencia indefinida de la libertad de sus miembros.”

<sup>496</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa...*, cit., p. 32.

<sup>497</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa...*, cit., p. 30.



de MONTESQUIEU, hay una fusión entre el ejecutivo y el federativo de LOCKE<sup>498</sup>.

Para MONTESQUIEU, el Poder Judicial era un poder que dependía de provocación, ocasional, *invisible et en quel que façon nulle*. Además, “los Jueces de la Nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes.”<sup>499</sup>. En fin, MONTESQUIEU consideraba que el juez era el servidor de la ley, la boca que pronunciaba las palabras de la ley.

De entre los creadores de opinión inspiradores de la revolución, ciertamente encontrase en ROUSSEAU especial importancia. Con su obra *Le contrat social* propone una reconfiguración del orden político, recurriendo, para tanto, a la idea de la ley<sup>500</sup>.

Basando su teoría en el establecimiento de la ley por la “voluntad general”, sustentaba que este era el único medio para alcanzar la libertad de cada uno, sin otro límite que el respecto a la

---

<sup>498</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa...*, cit., p. 32.

<sup>499</sup> MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Ed. Alianza, 2003, traducción al castellano de BLÁZQUEZ, Mercedes, y VEGA, Pedro de, p. 214. Aún, interesante el análisis del pensamiento de MONTESQUIEU hecho por LÓPEZ GUERRA, Luis. “La legitimidad democrática del juez”, en *Cuadernos de derecho público*, n.1, 1997, pp. 50 y ss..

<sup>500</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Ed. Civitas, 1999, p. 23.

libertad igual de los demás.<sup>501</sup> Sin embargo, la voluntad general era expresada a través de determinaciones también generales, porque sólo la ley general era legítima como expresión de esta voluntad general.

De acuerdo con ROUSSEAU, la ley era expresión de la voluntad general, que tenía su origen en el pueblo, y no podría ser objeto de representación. En las palabras del filósofo:

“La soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser enajenada; consiste, esencialmente en la voluntad general, y ésta no puede ser representada; es ella misma o es otra; no hay término medio. Los diputados del pueblo no son, pues, ni pueden ser, sus representantes, no son sino sus comisarios; no pueden acordar nada definitivamente. Toda ley no ratificada en persona por el pueblo es nula; no es una ley”<sup>502</sup>.

Sin embargo, los constituyentes franceses dieron una interpretación desvirtuada a las ideas de ROUSSEAU, con el sólo intuito de ponerlo al servicio de las particulares convicciones y intereses del movimiento revolucionario liberal<sup>503</sup>, de manera que atribuía más poderes en las manos del Legislativo. Consistía en considerar iguales la voluntad general y la voluntad de la generalidad, es decir, la voluntad general era identificada con la de sus representantes, que era el Parlamento<sup>504</sup>.

---

<sup>501</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica...*, cit., p. 27.

<sup>502</sup> ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Contrato social*, Madrid, Ed. Boreal, 1999, traducción al castellano de DE LOS RÍOS, Fernando y PUMAREGA, Ángel, p. 107.

<sup>503</sup> BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor...*, cit., p. 247: el autor va más allá, sosteniendo que hubo una verdadera traición a la filosofía política rousseuniana.

<sup>504</sup> BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor...*, cit., p. 249.

MAQUIAVELO también deja marcadas sus huellas en los fundamentos filosóficos de las revoluciones, siendo posible incluso apuntarlo como uno de los precursores. Lo que hace de él una figura tan relevante es que fue el primero que meditó sobre la posibilidad de fundar un cuerpo político permanente, duradero y perdurable<sup>505</sup>. La autora Hannah ARENDT llega a proponer la posibilidad de considerar a MAQUIAVELO el padre espiritual de la Revolución, porque se encuentra en él el esfuerzo constante y apasionado por revivir el espíritu y las instituciones de la antigüedad romana que, más tarde, iba a ser una de las características del pensamiento político del siglo XVIII<sup>506</sup>.

Destacó el pensador ilustrado la importancia de la violencia en la esfera política, y esa lección fue, por supuesto, adoptada por los hombres de la Revolución Francesa. Todo eso revela el aprecio y simpatía que los revolucionarios manifestaron por MAQUIAVELO, aunque en algunos temas no estaban de acuerdo<sup>507</sup>.

### **C) Revolución Norteamericana**

#### **a) La independencia de las trece colonias**

---

<sup>505</sup> ARENDT, Hannah. *Sobre...*, *cit.*, p 37.

<sup>506</sup> ARENDT, Hannah. *Sobre...*, *cit.*, p. 38.

<sup>507</sup> ARENDT, Hannah. *Sobre...*, *cit.*, pp. 38-39. La autora ofrece un ejemplo de las diferencias entre las ideas de los revolucionarios y Maquiavelo: es que ellos no se proponían, y además no lo lograron, revivir la antigüedad como tal. Admiraban, sí, el esplendor romano, pero incomparable con la admiración de Maquiavelo.

El primer hecho que se debe tener en cuenta para la comprensión de la Revolución en Norteamérica es su declaración de independencia en 1776, resultado del descontento del pueblo con el entonces actual sistema de condición de colonias británicas, subordinadas, por lo tanto, a su colonizador<sup>508</sup>.

Empezó a surgir en los norteamericanos el sentimiento de independencia, difundido a través de cartas, noticias y panfletos, que influían en la opinión pública, tenían como afirmación común que la soberanía descansaba en el pueblo. De entre los principales autores de esos escritos, se encontraban Paine y Thomas Jefferson, futuro autor de la Declaración de Independencia<sup>509</sup>.

---

<sup>508</sup> Explica con más detalles LORENTE SARIÑENA, Marta. “Reflexiones sobre la revolución”, en *Historia de la teoría política*, compilación de VALLESPÍN, Fernando, Madrid, Ed. Alianza, 1991, vol. 3, pp. 200-205: Los ingleses habían mantenido tradicionalmente buenas relaciones con las trece colonias que habían formado en la costa atlántica de América del Norte. Unas fueron fundadas directamente por la Corona o explotadas por compañías que comerciaban con productos tropicales; otras nacieron tras el establecimiento de colonos exiliados de la metrópoli por motivos políticos o religiosos. Todas gozaban de un grado aceptable de libertad, regidas por gobernadores de la metrópoli, pero con asambleas o parlamento que les aseguraban su autonomía. Pero, en 1765, el gobierno inglés de Jorge III cometió el error de aumentar los impuestos, estableciendo primero un impuesto del timbre, sello que tenían que llevar los documentos jurídicos y que fue suprimido; y después un impuesto sobre el té, que acabaría desencadenando la revolución. Ambos impuestos habían sido promulgados sin consultar a las colonias e Inglaterra trató de mantenerlos haciendo uso de la fuerza.

<sup>509</sup> LORENTE SARIÑENA, Marta. “Reflexiones sobre la revolución”, *cit.*, p. 205.

Motivados por los ideales de independencia difundidos en estos panfletos, los colonos, por considerar abusivos esos impuestos, se reunieron en el Congreso de Filadelfia y, tras proclamar la Declaración de Derechos (1774), se declararon independientes (1776)<sup>510</sup>.

Habían nacido los Estados Unidos de Norteamérica. La Declaración de Independencia, leída solemnemente en Filadelfia, constituye todavía hoy uno de los textos más innovadores y trascendentes de la historia contemporánea. En él quedaron proclamados los tres principios básicos que constituirían el lema de la Revolución Francesa: “libertad, igualdad y fraternidad”. De acuerdo con ello, los nuevos estados formaron una república, regida por un presidente y una asamblea o congreso, elegido ambos por todos los habitantes mayores de edad. Se había instituido, pues, un régimen democrático, fijándose los derechos y deberes de gobernantes y gobernados en una ley fundamental o Constitución.<sup>511</sup>

Así que, a partir de la Declaración de Independencia, empezó un cambio político profundo en los Estados Unidos. Se trata, fundamentalmente, de la aparición del poder constituyente, que se planteó para la defensa de derechos<sup>512</sup>, y que resultó la aprobación

---

<sup>510</sup> LORENTE SARIÑENA, Marta. “Reflexiones sobre la revolución”, *cit.*, pp. 211-212.

<sup>511</sup> LORENTE SARIÑENA, Marta. “Reflexiones sobre la revolución”, *cit.*, pp. 212-213.

<sup>512</sup> CLAVERO, Bartolomé. *Institución histórica del derecho*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1992, pp. 74-75.

de la “primera gran Constitución escrita de la historia de la humanidad.”<sup>513</sup>.

### **b) La separación de poderes en la Constitución americana**

Tras la Declaración de Independencia, cada una de las hasta entonces colonias tenía su propia constitución, eran las constituciones estatales, consecuencia del cambio político que germinaba, y que, definitivamente, rompió con la tradicional concepción británica, convirtiendo la ley, así, en soberana<sup>514</sup>.

Sólo en 1787, después de muchos debates seguidos de los artículos propagandísticos escritos por Hamilton, Jay y Madison, reunidos bajo el nombre de “El Federalista” es que fue aprobada la Constitución Federal<sup>515</sup>.

---

<sup>513</sup> BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor...*, cit., p. 101.

<sup>514</sup> LORENTE SARIÑENA, Marta. “Reflexiones sobre la revolución”, cit., p. 213.

<sup>515</sup> De acuerdo con SÁNCHEZ-CUENCA, Ignacio y LLEDÓ, Pablo. *Artículos federalistas y antifederalistas: el debate sobre la constitución americana*, selección y introducción de SÁNCHEZ-CUENCA, Ignacio y LLEDÓ, Pablo, Madrid, Ed. Alianza, 2002, traducción al castellano de LLEDÓ, Pablo, p. 12: “(...) entre octubre de 1787 y mayo de 1788, aparecieron en los periódicos de Nueva York un total de ochenta y cinco artículos, conocidos como *El Federalista* y firmados todos ellos con el pseudónimo latino de <<Publius>>. De ellos, Hamilton escribió cincuenta y uno, Madison veintinueve y Jay cinco. Al mismo tiempo, en los periódicos de muchos Estados aparecieron una larga serie de ensayos antifederalistas, con las firmas de <<Centinel>>, <<Brutus>>, <<The Federal Farmer>>, etc. Ninguno de ellos alcanzó la elegancia, rigor claridad y profundidad de *El Federalista*”.

La influencia de los artículos federalistas fue esencial en el rumbo que tomó el debate sobre la Constitución americana de 1787, pues expresaban el deseo del establecimiento de un gobierno fuerte y enérgico de carácter federal, que fuera más allá de acuerdos multilaterales entre los Estados confederados. Teniendo como tela de fondo la cuestión del significado y funcionamiento de la democracia representativa, trataban específicamente sobre temas como: el control de los políticos, el papel de un gobierno federal, la división de poderes, el ejercicio de la representación política, el examen judicial de los actos legislativos, o los derechos de las minorías y el principio mayoritario<sup>516</sup>.

Ya las primeras constituciones estatales contenían la estructuración de división de poderes. La Constitución Federal de 1787, aunque no expresamente, también enuncia ese principio. En realidad, es posible extraer del texto constitucional un esquema rígido de separación de poderes, es decir, atribuía a órganos diferentes cada una de las funciones del estado (legislativa, ejecutiva y judicial). Sin embargo, eran previstas una serie de excepciones a ese principio de especialización funcional, lo que garantizaba un verdadero equilibrio y contrapeso de poderes (*checks and balances*)<sup>517</sup>.

Incluso, la experiencia constitucional de Norteamérica irradió tres concepciones jurídico-políticas de singularidad extraordinaria e

---

<sup>516</sup> SÁNCHEZ- CUENCA, Ignacio y LLEDÓ, Pablo. *Artículos federalistas...*, cit., pp. 7-9.

<sup>517</sup> BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor...*, cit., p. 104.

indiscutible trascendencia para el tronco común del constitucionalismo occidental:

“el sistema federal (*federal system*), un sistema de distribución y equilibrio de poderes (*checks and balances*) en que el ejecutivo se atribuía a un Presidente de carácter electivo, y el control judicial de la constitucionalidad (*judicial review of legislation*).”<sup>518</sup>

Así como en la Revolución Francesa, los fundamentos ideológicos del movimiento revolucionario norteamericano fueron las ideas ilustradas. TOCQUEVILLE afirmó que “Parecía como si los americanos no hicieran sino ejecutar lo concebido por nuestros escritores, daban sustancia de realidad a lo que nosotros estábamos soñando.”<sup>519</sup>.

En el expuesto método adoptado por la Constitución de 1787, se evidencia la notable influencia de MONTESQUIEU, o, más específicamente, de su “Del espíritu de las leyes”, sobre la obra de los constituyentes norteamericanos, que elaboraron un sistema de recíprocos controles entre órganos que debería garantizar la libertad y evitar el despotismo.

Pero, el principal motivo del establecimiento de este esquema es la prevención de una eventual extensión desmesurada del poder legislativo, que puede ser tan perjudicial como la del ejecutivo. Así, el Poder Legislativo aparece radicalmente limitado, justiciable, es decir, sus determinaciones no se imponen incondicionalmente, y pasan por

---

<sup>518</sup> BLANCO VALDÉS, Roberto L. “El estado social...”, *cit.*, p. 106.

<sup>519</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia...*, *cit.*, p. 101.



un control del Poder Judicial<sup>520</sup>. Y el punto que la construcción americana rompe con la teoría de MONTESQUIEU es justamente en que se refiere al Poder Judicial. Diferentemente del propuesto por el autor ilustrado, los jueces no se limitaban a ser la “boca que pronunciaba las palabras de la ley”. Asumían, a par de la función especializada de juzgar, la función equilibradora de los poderes.

Ese temor hacia el Poder Legislativo se debía al hecho de que los tres poderes, en Norteamérica, procedían de la misma fuente de legitimidad, cual sea, el voto popular<sup>521</sup>. Pero, ese sistema de legitimación democrática de todos los poderes, adoptado por los nacientes Estados Unidos, fue motivo de muchas reflexiones, expresadas, inclusive, ya por los autores de “El Federalista”. Consideraban los problemas que podrían advenir de esa política de mayoría: no es suficiente el establecimiento de garantías frente al Estado, sino también proteger a la minoría frente a un eventual abuso democrático<sup>522</sup>.

---

<sup>520</sup> CLAVERO, Bartolomé. *Institución...*, cit., p. 75. Todavía, sostiene LÓPEZ ULLA, Juan Manuel. *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*. Madrid, Ed. Tecnos, 1999, p. 33, que, en realidad, la limitación del Poder Legislativo era una reacción de los norteamericanos a la soberanía del Parlamento inglés: “[...] el principio inglés de la supremacía del legislativo ayudó en América al nacimiento de un sistema contrario, un sistema que sin traumas ni recelos permitió a los jueces el control sobre la validez de la legislación”.

<sup>521</sup> En Francia, conforme se constatará en el momento oportuno, era diferente: la legitimación del Poder Judicial venía de la sumisión a la ley, y no de la elección de sus miembros.

<sup>522</sup> BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor...*, cit., pp. 116-119. En éste sentido, el mismo autor hace una reflexión respecto del problema del imperio de la mayoría

Es indiscutible que hace parte de la propia esencia de los gobiernos democráticos el imperio de la mayoría. Pero, por otro lado, el derecho de las minorías también tiene que ser resguardado.

MEDISON, en los números 10 y 51 de “El Federalista” trata justamente de éste problema<sup>523</sup>. En respuesta a los ataques del artículo antifederalista de “BRUTUS”, sostiene que la heterogeneidad de intereses, propia de una extensión de los Estado Unidos, no se constituye en un obstáculo para que los ciudadanos puedan ponerse de acuerdo en qué decisiones tomar. Al contrario, esa extensión es una garantía fundamental para evitar la formación de una mayoría despótica. Todavía, la extensión favorece la elección de representantes que no estén atados a los intereses particulares de su electorado y puedan defender el bien común, pues el mayor peligro de un sistema democrático es que una fracción mayoritaria de la

---

en BLANCO VALDÉS, Roberto L. “La configuración del concepto de constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana”, en *Working Paper Institut de Ciències Politiques i Socials*, n. 117, Barcelona, 1996, disponible en [www.diba.es/icp/working\\_papers/wp\\_i\\_117.pdf](http://www.diba.es/icp/working_papers/wp_i_117.pdf), fecha 26/01/04, 12hs45min.

<sup>523</sup> MADISON, James. “El federalista, nº 10”, en *Artículos federalistas y antifederalistas: el debate sobre la constitución americana*, selección y introducción de SÁNCHEZ- CUENCA, Ignacio y LLEDÓ, Pablo, Madrid, Ed. Alianza, 2002, traducción al castellano de LLEDÓ, Palblo, pp. 66-75 y MADISON, James. “El federalista, nº 51”, en *Artículos federalistas y antifederalistas: el debate sobre la constitución americana*, selección e introducción de SÁNCHEZ- CUENCA, Ignacio y LLEDÓ, Pablo, Madrid, Ed. Alianza, 2002, traducción al castellano de LLEDÓ, Palblo, pp.148-154.

población decida actuar en contra de los “derechos de los otros ciudadanos o intereses permanentes y globales de la comunidad”<sup>524</sup>.

TOCQUEVILLE, advirtiendo sobre el riesgo de la política de mayoría, afirmó que “hay una ley general que ha sido hecha, o al menos adoptada, no sólo por la mayoría de tal o cual pueblo, sino por la mayoría de todos los pueblos. Esa ley es la justicia.”<sup>525</sup>. Continúa diciendo que en América, todos los sectores son sometidos a esa política de mayoría, y eso facilita que exista la tiranía, sin que haya garantías para impedirla. Así, la propia ley es resultado de la decisión de mayoría, hecha por el legislativo, electo por la mayoría también, motivo por lo cual se debe buscar supuestos más allá de las leyes, como en las circunstancias y en las costumbres, para que sea hecha justicia<sup>526</sup>.

Por lo tanto, había la necesidad de compatibilizar el respecto al principio democrático, pero con la garantía de los derechos de las minorías. Para ello, era preciso limitar la actuación del poder legislativo, y la forma encontrada por los norteamericanos fue la de otorgar a la Constitución un valor, que sería el límite preciso al poder legislativo, y que sólo podría ser modificada mediante un procedimiento especial, impregnando en la Carta constitucional de los norteamericanos el carácter de rigidez<sup>527</sup>.

---

<sup>524</sup> MADISON, James. “El federalista, nº 10”, *cit.*, p. 67.

<sup>525</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia...*, *cit.*, p. 111.

<sup>526</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia...*, *cit.*, p. 114.

<sup>527</sup> BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor...*, *cit.*, p. 120.

Resultó que, a fin de establecer estos límites al Poder Legislativo, la Constitución sólo podría ser modificada mediante un procedimiento especial y expreso de reforma, y el Poder Judicial asumió un papel fundamental interviniendo como instrumento de control del Poder Legislativo, a través del control judicial de constitucionalidad de las leyes. Así, estaría resguardada la superioridad de la Constitución<sup>528</sup>.

### **c) El Poder Judicial en la Revolución de Norteamérica y la *judicial review***

En el esquema de separación de poderes previsto en el texto constitucional norteamericano, el Poder Judicial asumía papel de especial relevancia, notadamente frente al recelo de una expansión desmesurada del Poder Legislativo.

Por todos los posibles problemas que podrían ser originados por la política de mayoría, las leyes elaboradas por el Poder Legislativo no siempre podrían estar de acuerdo con la Constitución, calificada como rígida. Así, una manera de velar por la observancia de la Constitución, y ya ejerciendo una función de equilibrio de poder, existía en Norteamérica la *judicial review of legislation*, o control judicial de constitucionalidad de las leyes, lo que garantizaba la efectividad de la supremacía de la Constitución sobre el resto de las normas conformadoras del ordenamiento jurídico estatal<sup>529</sup>. Ésta

---

<sup>528</sup> BLANCO VALDÉS, Roberto L. “La configuración...”, *cit.*, pp. 14-16.

<sup>529</sup> BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor...*, *cit.*, pp. 132-133. Hace un análisis de la cuestión el mismo autor en BLANCO VALDÉS, Roberto L. “El estado social...”,

revisión judicial no sólo se refería a las leyes como también a las disposiciones administrativas y sería hecha para asegurar derechos y garantizar su conformidad con la Constitución<sup>530</sup>.

El llamado “juicio de constitucionalidad” fue entendido por John MARSHALL como inherente a la función interpretadora de los jueces. Por lo tanto, más que interpretar la norma en los casos particulares, cabía a los jueces el análisis de su conformidad con la Constitución. Y, si acaso hubiera algún conflicto entre una ley y la norma constitucional, el juez debería preferir a la Constitución<sup>531</sup>.

---

*cit.*, pp. 141-154. Todavía, los mismos “Padres Fundadores” en “El Federalista”, se manifestaron sosteniendo, específicamente HAMILTON, en el n. 78, que el deber de los tribunales de justicia ha de ser declarar inválidos todos los actos contrarios al tenor manifiesto de la Constitución. HAMILTON, Alexander. “El federalista, nº 78”, en *Artículos federalistas y antifederalistas: el debate sobre la constitución americana*, selección y introducción de SÁNCHEZ- CUENCA, Ignacio y LLEDÓ, Pablo, Madrid, Ed. Alianza, 2002, traducción al castellano de LLEDÓ, Pablo, pp. 195-204.

<sup>530</sup> CLAVERO, Bartolomé. *Los derechos y los jueces*, Madrid, Ed. Civitas, 1988, p. 37. También respecto de la *judicial review*, véase TARUFFO, Michele. “Ley y juez en el ‘rule of law’ inglés y en el constitucionalismo americano”, en *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*, dirección de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, Madrid, Ed. Cuadernos de Derecho Judicial, 1999, pp. 141-160.

<sup>531</sup> Es posible extraer esas conclusiones de John Marshall, en el caso *Marbury v. Madison*, en BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor...*, *cit.*, pp. 182-184. La posición en Francia del Poder Judicial es totalmente al revés. El recelo de que hubiera un “gobierno de los jueces” llevó al legislativo a prohibir a los jueces siquiera la interpretación de las leyes, tarea esa que era incumbencia del propio Legislativo.

El Poder Judicial asumía, así, el papel de custodio e intérprete de la Constitución. Aunque la *judicial review* no estaba prevista expresamente en la Constitución<sup>532</sup>, los americanos que la redactaran la tenían clara, pues la revisión de las leyes a través de un juicio constituye un presupuesto necesario para muchos de sus artículos, como el 3, sección II y 6, sección II<sup>533</sup>.

Así, fue la jurisprudencia del Tribunal Supremo que dio cuerpo y realidad a este principio, más específicamente el presidente John MARSHALL, en la Sentencia del caso Marbury v. Madison, de 1803. donde afirmó que:

“(...) si una ley está en desacuerdo con la constitución, el Tribunal debe determinar cuál de estas dos reglas en desacuerdo se aplica al caso. Ésta es la verdadera esencia de la función judicial. Si el poder legislativo cambiase una norma constitucional, ¿el principio constitucional debería ceder ante el acto legislativo? De esta manera la particular fraseología de la Constitución de los Estados Unidos confirma y refuerza el principio, que se supone esencial a todas las constituciones escritas, de que una ley contraria a la constitución es nula, y que los tribunales, como las otras ramas del gobierno, están vinculados por este instrumento.<sup>534</sup>”

---

<sup>532</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional...*, cit., p. 52: “como es sabido, la *judicial review* no aparece expresamente regulada en la Constitución, siendo más bien el resultado de una paulatina construcción histórica.”

<sup>533</sup> MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Ed. Trotta, 1998, traducción al castellano de ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier y MARTÍNEZ NEIRA, Manuel, pp. 168-169.

<sup>534</sup> Parte de la Sentencia Del caso Marbury v. Madison, de 1803, proferida por MARSHALL y reproducida por MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder...*, cit., p. 169.

La configuración del Poder Judicial en Norteamérica fue, en verdad, tenida como la más original construcción resultante del movimiento revolucionario. El propio TOCQUEVILLE destaca su entusiasmo con la novedad, y exprime su encanto con la nueva funcionalidad reconocida por los norteamericanos al Poder Judicial: “Los americanos han establecido el poder judicial como contrapeso y barrera al poder legislativo, lo han hecho un poder político de primer orden.”<sup>535</sup>. Continúa afirmando que es éste poder político que difiere el juez americano de los jueces de las otras naciones, y es “la más terrible barrera contra los excesos de la legislatura”<sup>536</sup>.

Finalmente, cuando TOCQUEVILLE se preguntó de dónde proviene este poder, la respuesta no fue otra que en la competencia judicial de control de constitucionalidad de las leyes. Aún hace un análisis de que ocurre con las naciones que niegan a los jueces el derecho de declarar inconstitucionales las leyes: el Poder Legislativo es libre para cambiar la Constitución, pues no encuentra barreras legales que lo detengan<sup>537</sup>.

LOEWENSTEIN señala que la *judicial review*, en realidad, convirtió los jueces en un verdadero tercer poder, y lanza críticas hacia el control judicial de la constitucionalidad americano, teniendo

---

<sup>535</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia...*, cit., p. 71.

<sup>536</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia...*, cit., p. 71.

<sup>537</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia...*, cit., p. 69.

en cuenta que es incompatible con el principio de distribución de funciones entre diferentes detentadores del poder<sup>538</sup>.

Por otro lado, el modelo de Poder Judicial surgido en la Constitución de los Estados Unidos es caracterizado por otorgar a los jueces ordinarios la revisión dispersa de la ley e de los actos administrativos, lo que revela la preocupación en asegurar derechos y velar por la Constitución. Esta institución, así, opera como un contrapeso contra el Congreso y su eficacia en la protección de los derechos y libertades justifica eventual exceso. En éste sentido, sostiene LOEWENSTEIN:

“Cualquiera que sean los daños políticos que haya podido producir ocasionalmente el control judicial – y en ciertos momentos han sido considerables – han sido ampliamente compensados por su eficaz protección de la libertad de los ciudadanos frente al peligro, siempre existente, de las intromisiones del Congreso.”<sup>539</sup>

La consecuencia de ésta característica esencial del Poder Judicial conferida por la *judicial review*, es que, al contrario de lo que sostenía MONTESQUIEU, que los jueces deberían limitarse a ser meros instrumentos que pronunciaban las palabras de la ley, el juez norteamericano tenía márgenes de interpretación.

---

<sup>538</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, 2ª edición, Barcelona, Ed. Ariel, 1979, traducción al castellano de GALLEGU ANABITARTE, Alfredo, pp. 314-315.

<sup>539</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría...*, cit., p. 315.



Hay que tener en cuenta que éste fue un punto en que las ideas del citado pensador no fueron acogidas. Es decir, aunque la teoría de MONTESQUIEU tenga inspirado la Revolución en Norteamérica, no la fue adoptada en su íntegra, porque el Poder Judicial tenía márgenes de interpretación y revisión de la ley, siempre que estuviesen en juego el aseguramiento de derechos y la protección de la Constitución.

Así, la propuesta de los federalistas de frenos y contrapesos de la Constitución americana ha producido los efectos esperados.

#### **D) Revolución Francesa: la revolución de su época**

El siglo XVIII es conocido como “la era de las revoluciones democráticas”; fue una época de crisis para los viejos regímenes europeos, lo que explica la contemporaneidad de esos levantes. No sólo Francia la enfrentaba, sino que la crisis era un fenómeno europeo, lo que ocasionó revueltas, movimientos coloniales autonomistas o secesionistas, como en los Estados Unidos (1776-1783), Irlanda (1782-1784), Bélgica y Lieja (1787-1790) y Holanda (1783-1787)<sup>540</sup>.

Sin embargo, no obstante no haber sido un suceso aislado, la revolución Francesa fue fundamental en la transformación ocurrida en el panorama de la época, porque sus consecuencias fueron mucho más profundas, en razón de, principalmente, tres factores: sucedió en

---

<sup>540</sup> HOBBSAWM, Eric. *La era de la revolución...*, cit., p. 62.

el más populoso y poderoso estado europeo; fue la única revolución social de masa, y la más radical que cualquier otro levante; fue la única ecuménica<sup>541</sup>.

No se contesta, conforme ya explicitado, la importancia de la Revolución Norteamericana. Incluso, muchos de sus legados son de gran relevancia para el tema ahora estudiado, notadamente la situación del Poder Judicial y el esquema adoptado de separación de poderes.

Sin embargo, las repercusiones de la Revolución Francesa van más allá de eso. Influyó en las más distintas ramas: “Francia proporcionó los códigos legales, el modelo de organización científica y técnica y el sistema métrico decimal a muchísimos países”<sup>542</sup>. Todavía, civilizaciones que hasta entonces oponían resistencia a las ideas europeas acogieron la ideología del mundo moderno a través de la influencia francesa.

#### **a) Una nueva concepción política y jurídica**

La Revolución Francesa, reacción al Estado absoluto, inauguró una nueva concepción política y jurídica, que transformó el escenario del siglo XVIII, hoy considerado un marco histórico en la evolución del Derecho.

---

<sup>541</sup> HOBBSAWM, Eric. *La era de la revolución...*, cit., pp. 62-63.

<sup>542</sup> HOBBSAWM, Eric. *La era de la revolución...*, cit., pp. 61-62.

La ideología resultante de este cambio es, esencialmente, basada en los fundamentos de la soberanía popular, del imperio de la ley, del control y separación de los poderes y de la defensa de la libertad<sup>543</sup>. Tales fundamentos son las estructuras del modelo de Estado originado por la Revolución: el Estado de Derecho.

Un gobierno por y en virtud de la ley: la soberanía de la ley como ideal político, es decir, el principio de legalidad se revelaba como un mecanismo político de singular importancia<sup>544</sup>, y garantía del sistema jurídico; era el sustentáculo del naciente Estado de Derecho.

#### **b) El principio de la separación de poderes en las Constituciones Francesas de 1791, 1793 y 1795**

En sintonía con las doctrinas de los teóricos políticos que constituyeron la base filosófica de la revolución, los parlamentares de 1789 entendían que el principio de separación de poderes debía ser la base de toda buena Constitución.

Las razones que llevaron a la exaltación de éste principio están, fundamentalmente, en el hecho del sistema consagrado en el Antiguo Régimen, de la concentración de todas las funciones del Estado en las manos del Rey<sup>545</sup>. Así, lo que se puede constatar es

---

<sup>543</sup> FLORES PRADA, Ignacio. *El Ministerio Fiscal...*, cit., p. 103.

<sup>544</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa...*, cit., p. 23.

<sup>545</sup> Haz un análisis de la situación vigente en el período pre-revolucionario DUGUIT, León. *La separación de poderes y la asamblea nacional de 1789*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 7-11. El autor cita dos

que el principio de separación de poderes surgió efectivamente como oposición al sistema vigente, no obstante en Francia mismo se intentó en otras ocasiones establecerse una monarquía limitada, pero jamás hubiera sido reivindicada una separación de poderes tal como lo hicieron los legisladores de 1789<sup>546</sup>.

Por otro lado, el absolutismo en Francia era, de cierta manera, combatido por los Parlamentos<sup>547</sup>. En éste punto, sería posible cuestionar si ésta no sería una manifestación ya del principio de separación de poderes. La respuesta es que no, pues, mismo los Parlamentos, aunque denegasen el registro de los edictos reales presentados, comunicando expresamente el desacuerdo con el Rey, las pretensiones que tenían eran en sí mismas la negación de la

---

fórmulas célebres que representan la más pura expresión de la concentración de las funciones del Estado en las manos del Rey: *“qui veult le roi, si veult la loi”* y *“toda la justicia emana del rey”*.

<sup>546</sup> La información la trae DUGUIT, León. *La separación...*, cit., pp. 8-9. Sustenta que los Estados Generales, en varias ocasiones solicitaron el establecimiento de límites al creciente poder real y que la convocatoria periódica de los representantes de los tres órdenes asegurase la participación del país en la conducción de los asuntos públicos, pero la separación de poderes en los moldes como fue planteada en 1789 nunca se había pretendido. “Hubo, pues, desde el siglo XIV, un claro intento de de establecer una monarquía limitada, de fijar restricciones al creciente absolutismo, de asegurar la garantía de los derechos individuales. Pero en todo ello no veo nada que se parezca a la separación de poderes tal y como se entiende en 1789”.

<sup>547</sup> Respecto de la situación de los Parlamentos en la Revolución Francesa, véase FERNÁNDEZ-CARNICERO, Claro J. “Parlamentos y poder judicial”, en *El poder judicial en el bicentenario de la revolución francesa*, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia – Centro de Publicaciones, 1990, vol. 5, pp. 175-184.

división de poderes. Es que eran unos cuerpos esencialmente judiciales que aspiraban representar un papel político y estar asociado a la función legislativa, es decir, pretendían reunir las tres funciones en el mismo organismo, lo que solamente cambiaría de manos el gobierno absoluto.

El principio de separación de poderes fue consagrado, antes de hacer parte de cualquier texto constitucional, por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, más específicamente en el art. 16<sup>548</sup>. Después, ese mismo artículo fue plasmado en la Constitución de 1791.

Sin embargo, diferente de la experiencia americana, en la cual se recelaba por una expansión desmesurada del Poder Legislativo, el temor de los revolucionarios franceses era hacia el Poder Ejecutivo, representado por la persona del Rey. Y, en el intento de prevenir cualquier abuso por parte del Ejecutivo, la Asamblea Nacional Constituyente se decantó a favor del Poder Legislativo<sup>549</sup>. El resultado de eso fue que se instaló una verdadera balanza de poderes, pero desequilibrada, tendente visiblemente en favor del Legislativo.

Por otro lado, en la Constitución de 1791, el principio de separación de poderes no fue observado de la manera tan rigurosa que se había a principio planteado. Un ejemplo de esto es la cuestión

---

<sup>548</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Art. 16.- Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.

<sup>549</sup> BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor...*, cit., p. 210.

de la sanción real. Tras numerosas discusiones, se llegó a la conclusión de que se concedería al Rey el veto suspensivo<sup>550</sup>.

En atención al principio de la soberanía nacional, los poderes estatales fueron convertidos en órganos representativos de la nación soberana. Respecto del tema, se destacan las reflexiones de SIYÈS: “Todos los poderes públicos sin distinción son una emancipación de la voluntad general; todos proceden del pueblo, es decir, de la nación. Estos dos términos deben ser sinónimos.”<sup>551</sup>

Así, fueron delegados los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial respectivamente a la Asamblea Nacional, al Rey y a los jueces. Pero, importante destacar, en contra de lo que se observó en la revolución en Norteamérica, no había el sistema de equilibrio y contrapeso de poderes; había, sí, una serie de prohibiciones expresas, notadamente dirigidas al Ejecutivo y al Judicial, de no-intervención en el Legislativo<sup>552</sup>.

Por su vez, la Constitución republicana de 1793 trae expresamente la separación absoluta de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que se atribuían, respectivamente, a la Asamblea, al Consejo Ejecutivo y a los jueces. También en la Constitución de 1793 no es observada ninguna forma significativa de intervención de un poder en otro, capaz de derogar parcialmente la

---

<sup>550</sup> DUGUIT, León. *La separación...*, cit., pp. 42-56.

<sup>551</sup> SIYÈS, citado por BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor...*, cit., p. 212.

<sup>552</sup> BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor...*, cit., p. 212.

especialización funcional consecuencia de la separación, a fin de constituir un sistema equilibrado<sup>553</sup>.

La principal novedad traída por la Constitución de la república burguesa de 1795 fue la institución del bicameralismo, con el objetivo de establecer un cierto equilibrio, pero restringido al ámbito del propio Poder Legislativo<sup>554</sup>. Esa separación de la Asamblea en dos Consejos existió como forma de reacción frente a los excesos cometidos por el régimen del terror imperante en Francia durante el período anterior, resultado de la progresiva concentración del poder político estatal en las manos de un solo órgano, y desprovisto de cualquier instrumento externo de control eficaz. Entonces, se creía que, con el establecimiento del bicameralismo, sería posible evitar el exceso proveniente de la voluntad sin freno de un órgano legislativo único.

Así que, la Asamblea fue dividida en dos Consejos: el de los Ancianos y el de los Quinientos. Las leyes serían las resoluciones de éste Consejo, adoptadas por aquél. El Consejo de ancianos, sin embargo, jamás podría realizar proposiciones. Los miembros de ambos consejos serían elegidos de modo indirecto, siendo que el criterio de la edad era el único utilizado para determinar los integrantes de una y otra cámara.

---

<sup>553</sup> BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor..., cit.*, pp. 229-236.

<sup>554</sup> BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor..., cit.*, p. 237.

### **c) Superioridad del parlamento y supremacía de la ley**

Conforme ya señalado, las ideas ilustradas basaron los revolucionarios franceses<sup>555</sup>. De entre los pensadores formadores de opinión, ROUSSEAU afirmaba que la ley era expresión de la voluntad general. Incluso, tal afirmación se transformó en dogma, cuando fue consignada en el art. 6º. de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Todavía, esa voluntad general de ROUSSEAU tenía su origen en el pueblo, y no podría ser objeto de representación. En las palabras del filósofo: “No siendo la ley sino la declaración de la voluntad general, es evidente que en el poder legislativo el pueblo no puede ser representado. (...). Ello demuestra que examinadas correctamente las cosas se encontrará que muy pocas naciones tienen auténticas leyes.”<sup>556</sup>.

Sin embargo, lo que se observó, en realidad, fue una completa desvirtuación de la idea del pensador ilustrado. Los constituyentes franceses simplemente dieron una interpretación a tal dogma con el

---

<sup>555</sup> De acuerdo con LORENTE SARIÑENA, Marta. “Reflexiones sobre la revolución”, *cit.*, p. 176: “La vinculación entre las luces y la revolución tiene un origen muy antiguo, contemporáneo respecto del propio acontecimiento revolucionario. Los hombres de la revolución glorificaron a los pensadores ilustrados no limitándose a sentirse deudores teóricos de sus obras; solemnes ceremonias como la panteonización de los restos de Rousseau y Voltaire elevaron a la categoría de símbolo el pensamiento ilustrado.”

<sup>556</sup> ROUSSEAU, Jean-Jaques, citado por BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor...*, *cit.*, p. 250.



sólo intuito de ponerlo al servicio de las particulares convicciones y intereses del movimiento revolucionario liberal<sup>557</sup>.

Esa relectura de la teoría de ROUSSEAU dada por los revolucionarios franceses sirvió para atribuir más poderes en las manos del Legislativo. Consistía en considerar iguales la voluntad general y la voluntad de la generalidad, es decir, la voluntad general era identificada con la de sus representantes, que era el Parlamento<sup>558</sup>.

En ese aspecto, hay un punto convergente entre la revolución en Norteamérica y la Francesa. Es lo que refiere, justamente, al sistema de la mayoría. SIEYÈS, justificando la posición del parlamento francés, sostenía que los ciudadanos no tenían tiempo ni instrucción para ocuparse de la tarea legislativa, por eso, eran nombrados representantes, fruto de la voluntad de la mayoría<sup>559</sup>.

Por lo tanto, la ley, expresión de la voluntad general, ejercía posición suprema. Pero, si la voluntad general correspondía a la voluntad de los representantes, o sea, del Parlamento, en un último análisis, lo que ocupaba posición de supremacía no era sólo la ley, sino el propio Parlamento.

---

<sup>557</sup> BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor..., cit.*, p. 247: el autor va más allá, sosteniendo que hubo una verdadera traición a la filosofía política rousseuniana.

<sup>558</sup> BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor..., cit.*, p. 249.

<sup>559</sup> BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor..., cit.*, pp. 251-254.

**d) El Poder Judicial en la Revolución Francesa y el *référé législatif***

Antes de enseñarse la situación del Poder Judicial en la Revolución Francesa, es necesario ubicarlo en el período del Antiguo Régimen, inmediatamente antecesor a la revolución liberal.

En la fase del absolutismo, el Rey, como soberano, era la concentración de poderes, incluso, el de juzgar. Sin embargo, los altos tribunales de justicia, irónicamente denominados *Parlements*, imponían su poder de revisión sobre los decretos del soberano rehusando aplicar aquellos que eran incompatibles con las leyes fundamentales del reino<sup>560</sup>.

Para MONTESQUIEU, conforme ya señalamos, el Poder Judicial era un poder que dependía de provocación, y los jueces no eran más que un instrumento que pronunciaba las palabras de la ley. Es sabido que el modelo propuesto por MONTESQUIEU fue el teóricamente adoptado por los revolucionarios. Así, el juez, en este contexto, era el servidor de la ley, la boca que pronunciaba las palabras de la ley<sup>561</sup>, y tal afirmación encuentra justificativa en el

---

<sup>560</sup> Sobre la supremacía parlamentaria en Francia e Inglaterra, hace un análisis CAPPELLETTI, Mauro. “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la ‘justicia constitucional’”, en *Revista española de derecho constitucional*, n. 17, 1986, pp.18 y ss.

<sup>561</sup> Respecto del tema, véase CÁMARA VILLAR, Gregorio. “Justicia y política en la España democrática: una reflexión a propósito de los llamados ‘jueces estrella’

rechazo al absolutismo entonces dominante, donde los jueces eran funcionarios dependientes del poder real<sup>562</sup>. El imperio de la ley era, así, la fórmula contra el abuso del poder, no existiendo, así, otro Derecho sino el de la Ley.

Garantía de la independencia del juez, principalmente frente al ejecutivo, el sometimiento exclusivo a la ley era, además, la justificación del poder del juzgador, identificando su legitimidad con la de la propia ley, que hay de ser, por su vez, la expresión de la voluntad general. Sin embargo, no obstante la bandera de los revolucionarios fuera la doctrina de MONTESQUIEU, hubo una desvirtuación de sus ideas, lo que alteró el modelo de sistema a ser implantado. La razón está en el recelo de los revolucionarios de los parlamentos judiciales (con la función de contrapesos del poder), piezas claves en la tesis de MONTESQUIEU. Había el riesgo de un verdadero gobierno de los jueces, porque eran entendidos como cuerpos políticos, cabiendo a ellos la defensa de la Constitución o leyes fundamentales incluso contra el propio legislador<sup>563</sup>.

---

y la judicialización de la política”, en *Revista de derecho político*, n. 47, 2000, p. 37.

<sup>562</sup> GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Introducción al derecho procesal*, 3ª. edición, Madrid, Ed. Colex, 2000, p. 21. Aún, tratando de la Jurisdicción como poder y su legitimación histórica, los autores comentan acerca de la situación de los jueces en el Estado absoluto: “estas cuatro cosas – decían Las Partidas – son del Rey, que no las puede delegar en ningún ome: justicia, moneda, fonsadera e suos yantares” y “sobre todo que mis jueces sean mansos e obedientes con Dios e con el Señor que los pone.”

<sup>563</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa ...*, cit., p. 48.

Ahora bien, si la teoría de MONTESQUIEU se basaba en la supremacía de la ley, es decir, en la sumisión del juzgador a la ley y, si, conforme ya analizado, la ley no era más que producto de la voluntad del parlamento (que era identificada con la voluntad general de ROUSSEAU), lo que ocurría, en realidad, era una sumisión del Poder Judicial al propio Poder Legislativo, y no a la ley en cuanto expresión de la voluntad general del pueblo. Y ese cuadro es totalmente en contra la propia teoría de división de poderes, porque constituye un verdadero control del Legislativo sobre el Judicial.

Todavía más evidente esa intervención del Legislativo en el Poder judicial cuando se trata del instituto criado por los constituyentes denominado *référé législatif*, previsto en todas las constituciones del período revolucionario. Consistía en que cabría al Poder Legislativo la interpretación de un texto oscuro de una ley (obligatorio), y hacer reglamentos en los casos en que los tribunales creyesen necesario interpretar una ley o hacer una nueva (facultativo)<sup>564</sup>.

Había un verdadero recelo por parte de los parlamentares del Poder Judicial. La interpretación de la ley por los jueces era entendida como una tarea peligrosa. Era entendido que la función interpretadora de la ley pertenecía a la sustancia de la función legislativa, y que a la función jurisdiccional cabría la aplicación mecánica de la ley, de un

---

<sup>564</sup> BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor...*, cit., pp. 262-263.

silogismo. Por tanto, el instituto del *référé législatif* colocaba el Poder Judicial en posición subordinada al Legislativo<sup>565</sup>.

Creado por la Ley 16-24 de agosto de 1790 sobre la Organización del Poder Judicial, el *référé* consistía en un orden al juez para suspender la operación de dictar sentencia y dirigirse a la Asamblea Legislativa toda la vez que, en la aplicación de una norma concreta al caso particular, no podía resolver sin ningún proceso interpretativo, sin ningún razonamiento más o menos extenso. La Asamblea, entonces, tendría que dar o una interpretación de la norma o dictar una ley nueva<sup>566</sup>.

Se constata, así, que ocurría en Francia justamente el opuesto de lo que pasó en los Estados Unidos. Mientras el Poder Judicial, en

---

<sup>565</sup> ESTEBAN, Jorge de. "El poder judicial, comentario introductorio al título VI", en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirigido por ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, Madrid, Ed. Reunidas, 1998, Tomo IX, p. 267. Todavía, importante destacar que, incluso serían culpa delito de prevaricación, previsto en el art. 127 del Código Penal de 1808, según BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor...*, cit., pp. 280-281: "los jueces, los procuradores generales, o del Rey o a sus sustitutos, los oficiales de policía que se inmiscuyan en el ejercicio del poder legislativo, bien a través de reglamentos que contengan disposiciones legislativas, bien deteniendo o suspendiendo la ejecución de una o varias leyes, bien deliberando sobre la cuestión de si las leyes serán publicadas o ejecutadas".

<sup>566</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "La aplicación del derecho en los sistemas políticos continentales", en *La crisis del derecho y sus alternativas*, Madrid, Ed. Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 29-30. Aun, observa ORDÓÑEZ SOLÍS, David. *Jueces, derecho...*, cit., p.43, que el *référé législatif* está en los orígenes del sistema de casación de los Tribunales Supremos, con el que se pretendía salvaguardar la supremacía del Parlamento.

Norteamérica, gozaba de un enorme poder, no sólo interpretando las leyes, sino que verificando su conformidad con la Constitución, cabiendo al juez, inclusive el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, en Francia, por otro lado, pasaba lo contrario: siquiera la función de interpretar era reconocida al juez, que estaba limitado a la aplicación mecánica de la ley. Tanto era así que se decía que los jueces franceses eran considerados verdaderas “máquinas de silogismo”<sup>567</sup>.

Ahora bien, en pocas palabras, el *référé législatif* puede ser definido como el principal elemento de limitación del Poder Judicial; era la respuesta de los constituyentes franceses al miedo hacia los parlamentos judiciales. Entendían haber la necesidad inaplazable de fijar límites precisos al “peligroso” predominio de los tribunales, que tenían influencia superior a los otros poderes públicos y por ello, en el entendimiento de los constituyentes, necesitaba más límites que cualquier otro<sup>568</sup>.

---

<sup>567</sup> PÉREZ TREMPES, Pablo. *Tribunal constitucional y poder judicial*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 38.

<sup>568</sup> BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor...*, cit., p. 275. Instituto con el mismo espíritu, de imposición de insostenibles prohibiciones en el campo de la interpretación, fue creado en el *Code Penal* de 1791, en Francia también, el sistema de *peines fixes*, que suprimía la libertad del juez para fijar la cuantía de la pena. Mismo el Código de 1795, mantuvo el instrumento. Véase RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. “La individualización judicial de la pena en la primera codificación francesa y española”, en *Anuario de historia del Derecho español*, tomo LXXXIV, 2014, p. 336: “El Código Penal de 1795 no dejaba, en consecuencia, ningún resquicio a la discrecionalidad del juez, ofreciendo una escala de penas absolutamente tasada y cerrada en relación con los distintos

Así, el Poder Judicial fue degradado y separado de los otros dos. La doctrina de la división de los poderes fue entonces interpretada como “separación” de los poderes<sup>569</sup>. Todo eso resultó que, contrariamente al objetivo de la Revolución, cual sea, reacción frente al absolutismo, se instituyó un Estado aún más fuerte, sin poderes intermedios, lo que condujo al fortalecimiento y concentración del poder en las manos del Poder Ejecutivo, pues emergió un poder administrativo poderoso y autónomo, exento de control por parte de la justicia<sup>570</sup>.

---

delitos reconocidos a lo largo de su Libro II, «Des peines», al que constantemente se remitían otras disposiciones del texto para asegurar el escrupuloso cumplimiento, por parte del Poder Judicial, de lo establecido previamente por el Legislativo. La ley, fruto de la soberanía nacional, era la que fijaba la pena, sin dejar ningún margen de modificación o individualización de la misma a los jueces, a quienes incluso se les arrebató la posibilidad de condonar penas o utilizar el derecho de gracia.”

<sup>569</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa ...*, cit., p. 49. También en este sentido FLORES PRADA, Ignacio. *El Ministerio Fiscal ...*, cit., p. 153.

<sup>570</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa...*, cit., pp. 48-49. Señala el autor: “Todo eso determinó la singular interpretación de la división de los poderes como <<separación>> de los poderes (...). Esta separación significaba hacer posible, sobre todo, la emergencia de un poder administrativo poderoso y autónomo. Era el ejecutivo, en efecto, el directo beneficiario del sistema, al implicar una exención del mismo en relación con los otros dos poderes. Respecto al poder judicial, esta exención se proclamó absoluta; ésta es, en definitiva, la idea esencial del mecanismo, la separación plena de Justicia y Administración, la exención jurisdiccional de ejecutivo, cuando ciertamente lo único que el principio de división postulaba era la independencia judicial.”.

Más tarde, lo que se observó fue que, en realidad, el sistema del *référé législatif* era inoperante, es decir, la Asamblea no podría, aunque montó una comisión especializada para resolver estos problemas interpretativos, desempeñar razonablemente esa carga. Finalmente, la consecuencia fue que teniendo por fundamento el art. 4 del Código de Napoleón, que prohibió las sentencias *non liquet*, la facultad de interpretación hubo de reconocerse a los propios jueces. Se estableció, sin embargo, un control estricto para que los jueces no excediesen el marco de la ley, control instrumentado a través del recurso de casación en un Tribunal de Casación que se encargaría de evitar que los jueces se apartasen del sentido literal de la ley, asegurando la uniformidad en su aplicación<sup>571</sup>.

En éste contexto, es interesante destacar que el *référé législatif* está en los orígenes del sistema de casación de los Tribunales Supremos con el que se pretendía salvaguardar la supremacía del parlamento, pero que, con la posterior evolución de las instituciones, conduce a la propia supresión del *référé* y el Tribunal de Casación, además de constituirse en verdadero tribunal integrado en la organización judicial y desvinculado del cuerpo legislativo, amplía su conocimiento a todos los errores que los jueces puedan cometer en la aplicación de la ley<sup>572</sup>.

---

<sup>571</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La aplicación...”, *cit.*, p. 30.

<sup>572</sup> OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, 2ª edición, Barcelona, Ed. Ariel Derecho, 1988, p. 293. Además, véase interesante trabajo respecto del tema, pero con vistas más a la historia en España, de LORENTE SARIÑENA, Marta. “Reflexiones sobre la casación en una época revolucionaria”,



### 3. Los dos modelos originados de Poder Judicial: el anglosajón y el continental

Lo que se podemos concluir de todo lo expuesto, tras comparar los precedentes revolucionarios en Norteamérica y en Francia, es que han surgido dos modelos diferentes de Poder Judicial: el anglosajón y el continental.

Y, la diferencia fundamental entre uno y otro es que en el Anglosajón hay la supremacía de los derechos, mientras que en el continental, la supremacía de la Ley.

El Poder Judicial en Norteamérica tenía márgenes de interpretación de las leyes, pues le era permitido el análisis de su conformidad con la Constitución, a través de la *judicial review*. Y esto se justifica en el hecho de que el temor de los revolucionarios a la hora de establecer las funciones de cada uno de los poderes era justamente hacia el Poder Legislativo, porque los tres poderes advenían de la misma fuente de legitimidad – el voto popular –, en el cuál impera el principio de la mayoría.

Así, para proteger la minoría de un eventual abuso democrático, fue otorgada al Poder Judicial la posibilidad de los jueces controlaren la legitimidad constitucional de las leyes, para asegurar derechos.

---

en *El poder judicial en el bicentenario de la revolución francesa*, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia – Centro de Publicaciones, 1990, vol. 5, pp. 207-215.

Por consiguiente, la *judicial review* amplía, de cierta manera, el propio alcance de constitución, pues se puede entender constitución no sólo mediante el procedimiento parlamentario de las enmiendas, sino también por medio de la actividad judicial menos extraordinaria en el campo de los derechos fundamentales<sup>573</sup>.

De allí deriva un problema: el peligro del Poder Judicial invadir los límites del Poder Legislativo, a medida de que está, en así procediendo, “creando” constitución.

Por otro lado, no pasa lo mismo con el otro modelo originado de Poder Judicial, el Continental, surgido con la Revolución Francesa. Totalmente vinculado a la ley, su margen de interpretación era nula, incluso, siendo entendida esa tarea propia del Legislativo.

Pero, nuevamente, hay una razón. Es que el temor en Francia, al contrario de Norteamérica, era hacia los Parlamentos Judiciales, y no hacia el Poder Legislativo. Así, elaboraron un sistema de Poder Judicial con actuación limitada, estrictamente vinculado a la letra de la ley, sin posibilidad siquiera de interpretación.

Y, si en el modelo anglosajón del Poder Judicial el problema generado era de una posible invasión del Poder Judicial en la esfera del Legislativo, aquí sería el inverso: el problema que se plantea es

---

<sup>573</sup> CLAVERO, Bartolomé. *Los derechos...*, cit., p. 37.

con relación a la expansión desmesurada del Poder Legislativo, asumiendo funciones típicas y restrictas del Poder Judicial.

Estos dos modelos de Poder Judicial son los orígenes de los existentes hoy en los Estados de Derecho.

Es cierto que no podemos olvidar que en los estados nacionales Europeos, a partir de la última posguerra, se fijaran las condiciones para la declaración de una norma jurídica suprema situada en el vértice de las fuentes del Derecho. La época realmente fue de grandes cambios en el constitucionalismo europeo e implicó además un papel distinto para el Poder Judicial, mucho más amplio que el del pasado, originado en la Revolución Francesa, dónde la actividad judicial era reducida a la mera aplicación de la ley<sup>574</sup>.

---

<sup>574</sup> Véase FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid, Ed. Trotta, 2014, traducción al castellano de MORA CAÑADA, Adela y MARTÍNEZ NEIRA, Manuel, p. 72. Los aspectos constitucionales de las transformaciones del Estado son analizados en el capítulo siguiente y las transformaciones ocurridas en la actuación del Poder Judicial, así como las principales corrientes de pensamientos al largo de la historia, fueron examinadas en el capítulo anterior.

## Capítulo V

### EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN DEL PODER JUDICIAL EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

#### 1. Introducción

El legislador constituyente español ha ordenado el Poder Judicial del Estado Social y Democrático de Derecho sobre el principio informador del sometimiento exclusivo de los jueces a la ley.

Adquiere, así, este precepto jurídico-político una posición esencial, pues es alrededor de él que giran todos los demás principios consagrados constitucionalmente relativos al Poder Judicial, allá de ser el fundamento de la legitimación del Poder Judicial<sup>575</sup>.

Antes de adentrar en el análisis específico de la legitimación del Poder Judicial, es oportuno examinar los principios básicos del Estado de Derecho, por la importancia que presentan a la hora de legitimar los Poderes del Estado. Además, las transformaciones que sufrió el Estado desde el Estado Liberal de Derecho hasta llegar en el constitucionalmente previsto Estado Social y Democrático de Derecho, reflejan directamente en la legitimación del Poder Judicial

---

<sup>575</sup> BLANCO VALDÉS, Roberto L. *La constitución de 1978*, Madrid, Ed. Alianza, 2003, p. 208.

Entonces, previamente establecidas estas líneas, es señalado el Poder Judicial en la Constitución Española, y analizados los mecanismos de su legitimación, dando especial relieve a la vinculación del juez a la ley.

## **2. Estado de Derecho**

El surgimiento del Estado de Derecho está relacionado a los movimientos revolucionarios del final del siglo XVIII, especialmente a la Revolución Francesa<sup>576</sup>.

Sin embargo, sus antecedentes históricos pueden ser remontados a la antigüedad griega, también a la Edad Media, hasta entonces culminar con la Revolución Francesa, inaugurando un nuevo período en la historia de la humanidad<sup>577</sup>. Con todo, en que pesen los antecedentes históricos citados, fue a partir del evento revolucionario francés que fueron trazadas las líneas fundamentales caracterizadoras del Estado de Derecho.

---

<sup>576</sup> Conforme ya hemos analizado en el Capítulo anterior del presente trabajo.

<sup>577</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha por el estado de derecho*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, pp. 14-17. Véase también: JELLINEK, G. *Teoría general del estado*, Granada, Ed. Comares, 2000, traducción al castellano de DE LOS RÍOS URRUTI, Fernando, y edición a cuidado de MONEREO PÉREZ, José Luis, pp. 259 y ss.: el autor hace un estudio de los orígenes del Estado, enumerando los tipos históricos fundamentales: el antiguo Estado oriental, el Estado helénico, el romano, el de la edad media y el moderno.

El término Estado de Derecho es una construcción lingüística y una acuñación conceptual propia del espacio lingüístico alemán<sup>578</sup>. Su origen puede ser reportado al alemán Robert VON MOHL, considerado como padre de la expresión por tenerla utilizada de modo más expresivo por primera vez a comienzos del siglo XIX, aunque sea posible encontrar en KANT y HUMBOLDT vagas referencias<sup>579</sup>

Cuando pensamos en un Estado de Derecho, la idea que tenemos es de un Estado en el cual haya un sistema u orden jurídico.

---

<sup>578</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2000, traducción al castellano de AGAPITO SERRANO, Rafael de, pp. 18-19.

<sup>579</sup> PÉREZ-LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5ª edición, Madrid, Ed. Tecnos, 1995, p. 219. No obstante sea considerado Von Mohl el primer a utilizar el término Estado de Derecho, ya se encuentran precedentes de la expresión en Kant, si bien que la idea ya había sido suscitada hasta mismo por Platón. Ésta es la información traída por ASÍS ROIG, Rafael de. *Una aproximación a los modelos de estado de derecho*, Madrid, Ed. Dykinson, 1999, pp. 35-36. También GARCÍA-PELAYO sostiene que: “La expresión Estado de Derecho no se ha incorporado a las Constituciones más que raramente, en tiempos muy recientes y en pocos casos. Por consiguiente, su formulación no está dada por el Derecho positivo, sino que es resultado de la construcción de los juristas. Vagamente enunciado por primera vez por Kant y por Humboldt y de modo más riguroso por von Mohl, fue desarrollado, en formulaciones ni siempre coincidentes en sus detalles, por los tratadistas alemanes de Derecho administrativo...”. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*, 2ª ed., 10ª reimpresión, Madrid, Ed. Alianza, 1996, p.53.

Pero, para que exista un Estado de Derecho, no basta tener en cuenta la presencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad. Es necesario más, o sea, no sólo el orden jurídico debe existir, sino que el Estado debe estar sometido a él<sup>580</sup>.

No discutimos aquí la capacidad del Estado de crear, generar derechos, es decir, de producir normas jurídicas y utilizarlas para la organización del grupo social, porque imaginar hoy un Estado sin derecho, sin leyes, sin jueces o cualquier otro sistema de legalidad es prácticamente imposible<sup>581</sup>.

Lo que sí planteamos es que ni todo Estado merece ser marcado con, en las palabras de Elías DÍAZ, “el prestigioso rótulo cualificativo y legitimador – además de descriptivo – que es el Estado de Derecho”<sup>582</sup>.

---

<sup>580</sup> DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Ed. Taurus, 1998, p. 29: “No todo Estado es Estado de Derecho. Por supuesto, es cierto que todo Estado crea y utiliza un Derecho, que todo Estado funciona con un sistema normativo jurídico. Difícilmente cabría pensar hoy un Estado sin Derecho, un Estado sin un sistema de legalidad. Y, sin embargo, decimos, no todo Estado es Estado de Derecho. Designar como tal a todo Estado por el simple hecho de que se sirve de un sistema normativo jurídico constituye una imprecisión conceptual y real que sólo lleva – a veces intencionalmente – al confusionismo.”

<sup>581</sup> DÍAZ, Elías. “Estado de derecho y legitimidad democrática”, en *Estado, justicia, derechos*, eds. DÍAZ, Elías y COLOMER, José Luis, Madrid, Ed. Alianza, 2002, p. 78.

<sup>582</sup> DÍAZ, Elías. “Estado de derecho y legitimidad democrática”, *cit.*, p. 78.

Entonces, es una imprecisión afirmar que todo Estado es Estado de Derecho, sino que solamente aquel que está sometido al Derecho puede ser considerado como el verdadero. Sostener la sumisión del Estado al Derecho quiere decir sumisión de todos los poderes del Estado al orden jurídico, de modo que sean jurídicamente controlados y regulados tanto el poder como la actividad estatal.

De ahí se puede concluir que Estado de Derecho es, según Elías DÍAZ<sup>583</sup>:

“el Estado sometido al Derecho; es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El Estado de Derecho consiste así en el ‘imperio de la ley’: Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la ‘voluntad general’.”

FERRAJOLI, por su vez, hace un análisis de los Estados de Derecho bajo el prisma del constitucionalismo, e identifica dos conceptos de Estado de Derecho: un débil o formal, y otro fuerte o sustancial<sup>584</sup>:

---

<sup>583</sup> DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, cit., p. 29. Sostienen la misma idea LUCAS VERDÚ, Pablo y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. *Manual de derecho político*, 3ª edición, Madrid, Ed. Tecnos, 1994, vol. I, p. 262: “No todos los Estados, aunque es obvio que *tienen* un derecho, son Estados de Derecho. Otra vez el juego semántico es relevante políticamente: *tener* # *ser*: se tiene un derecho; todo Estado cuenta con un ordenamiento jurídico, pero ello no significa que cumpla con la idea básica del *Rechtsstaat*: la primacía o el reinado de la ley.”

FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del estado de derecho”, en *Revista internacional de filosofía política*, n. 17, 2001, p. 31. El mismo artículo, después,



“En sentido lato, débil o formal, ‘estado de derecho’ designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. En este sentido, correspondiente al uso alemán del término *Rechtsstaat*, son estados de derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal. En un segundo sentido, fuerte o sustancial, ‘estado de derecho’ designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos”

Concluye, por ende, que son estados de derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales<sup>585</sup>.

El aspecto determinante para que de hecho impere un Estado de Derecho es la presencia de límites jurídicos a los poderes y a la

---

fue publicado en la obra colectiva de edición de Miguel CARBONELL: FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del estado de derecho”, en CARBONELL, Miguel (Ed). *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid. Ed. Trotta - UNAM, 2009, traducción al castellano de ALLEGUE, Pilar, p. 13. También este concepto de Estado de Derecho fue la base para el establecimiento de su *Principia iuris*. Véase en FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, traducción al castellano de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, BAYÓN, Carlos, GASCÓN, Marina, PRIETO SANCHÍS, Luis y RUIZ MIGUEL, Alfonso, vol. 1, pp. 461 y ss.

<sup>585</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del estado de derecho”... cit., p. 32.

actividad estatal. Es el imperio de la ley como principio fundamental para la configuración del Estado de Derecho<sup>586</sup>.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el imperio de la ley, aunque constituya condición fundamental, no es suficiente para que se instituya un auténtico Estado de Derecho, siendo exigida la presencia de otras características esenciales. Así que, según Elías DÍAZ<sup>587</sup>, las exigencias más básicas e indispensables a todo verdadero Estado de Derecho son:

- “a) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general.
- b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.
- c) Legalidad de la Administración: actuación según ley y suficiente control judicial.
- d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material.”

---

<sup>586</sup> Por ello se cuestiona si en Inglaterra, por la existencia del principio de la supremacía del Parlamento, es posible decir que no hay, en realidad, un Estado de Derecho, porque no existen límites jurídicos al poder del Parlamento. Por otro lado, la exaltación del *rule of law* por encima, incluso, del parlamento, en varios documentos, como en el *Bill of Rights*, lleva a la constatación de algunas contradicciones: es incompatible la armonización entre la supremacía del Parlamento y la supremacía de la ley, pues, si el Parlamento es soberano, no es posible sostener que por encima de él figura el *rule of law*, porque entonces desaparecería su soberanía. Lo que pasa es que no se puede vislumbrar el principio del imperio de la ley del Derecho anglosajón de igual manera que del Derecho continental. Son dos realidades jurídicas distintas, basadas en fundamentos dispares, y por ello deben tener tratamientos diferentes. Ésta cuestión es suscitada por LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha...*, cit., p. 27.

<sup>587</sup> DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, cit., p. 44.

El origen mismo del Estado de Derecho está vinculado al imperio de la ley, pues antes que existiese el control jurídico, es decir, el control que el Derecho ejerce sobre el poder y la actividad del Estado, no se podía siquiera hablar en Estado de Derecho, sino en Estados absolutos. A partir de la Revolución Francesa, con la consolidación de la doctrina del imperio de la ley, es posible, entonces, tener como implantado el Estado de Derecho<sup>588</sup>.

El establecimiento del precepto del imperio de la ley como característica indispensable en el Estado de Derecho coincide con el nacimiento del Estado Liberal, de tal manera que el Estado de Derecho, en su origen, era tenido como el Estado Liberal de Derecho.

Se debe subrayar que fue el Estado de Derecho el marco en que fueron desarrollados el Estado Liberal de Derecho y el Estado Social de Derecho. Las transformaciones del Estado Moderno, que ocasionaron el cambio del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho, conforme destaca FLORES PRADA, “han mantenido, sustancialmente, la fórmula jurídico-institucional del Estado de Derecho”<sup>589</sup>.

---

<sup>588</sup> DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, cit., pp. 30-31. Aún, concluye el autor que “El Estado de Derecho comienza siendo, y lo será durante todo el pasado siglo y primeros decenios del actual, Estado liberal de Derecho, es decir, expresión jurídica de la democracia liberal” (p. 31).

<sup>589</sup> FLORES PRADA, Ignacio. *El Ministerio Fiscal en España*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999, 711 p. 105.

Pero, el hecho de los diferentes sistemas del Estado de Derecho conservaren la fórmula jurídico-institucional no significa que se haya permanecido intacto, sin que fuera atingido por modificaciones. El constitucionalismo social y democrático ha dejado sus huellas en los fundamentos básicos del Estado, depurando el contenido esencial del Estado de Derecho<sup>590</sup>.

## **A) Del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho**

### **a) La crisis del Estado Liberal de Derecho**

El Estado Liberal de Derecho, producto del movimiento revolucionario burgués, estaba sostenido en los siguientes fundamentos, conforme dispuesto por LUCAS VERDÚ:

- “1) Primacía de la ley que regula toda la actividad estatal, tanto la esfera ejecutiva como jurisdiccional; entiéndase ley en sentido formal, o sea elaborada por los órganos legislativos del Estado; en las democracias liberales, por el Parlamento. Los ciudadanos son iguales, formalmente, ante la ley.
- 2) Un sistema jerárquico de normas que realiza la seguridad jurídica y que se concreta en el rango diverso de las distintas normas y en su correspondiente ámbito de validez.
- 3) Legalidad de la administración, estableciéndose el sistema de recursos correspondiente.
- 4) Separación de poderes como garantía de la libertad o freno de posibles abusos. Esta separación se interpreta de modos distintos.

---

<sup>590</sup> FLORES PRADA, Ignacio. *El Ministerio Fiscal...*, cit., p. 106.

- 5) Reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado, que mantiene relaciones jurídicas con los ciudadanos.
- 6) Reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales que se incorporan al orden constitucional.
- 7) En algunos casos, control de constitucionalidad de las leyes como garantía frente al despotismo del legislativo. Este control se efectúa de distintas maneras, según los países<sup>591</sup>.

La importancia del Estado Liberal de Derecho es incuestionable. Resultado de la lucha contra el absolutismo, surgió estableciendo importantes y hasta hoy vigentes postulados de derechos y garantías fundamentales.

Analizando las características del Estado de Derecho y comparándolas a las del Estado Liberal de Derecho constatamos claramente que, en tesis, el Estado Liberal presenta las exigencias básicas para la configuración de un auténtico Estado de Derecho. El principio de legalidad adquiere un papel protagonista, garantizando el sistema jurídico en el cual resplandecen valores como la libertad individual, la igualdad, la propiedad y la seguridad jurídica.

Por otro lado, aunque se reconozca la trascendencia y la significación del Estado Liberal en la configuración del Estado de Derecho, hay que poner de relieve sus deficiencias que, en realidad, constituyen la causa de su crisis.

Muchos de los requisitos exigidos para la caracterización del Estado de Derecho eran cumplidos sólo en el plan formal, es decir,

---

<sup>591</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha...*, cit., pp. 23-24.

los enunciados existían, pero no eran efectivos. Eso porque la revolución liberal tuvo una esencia claramente burguesa, y los intereses de ésta clase eran siempre privilegiados en detrimento de los valores consagrados del Estado de Derecho. Por ello, se puede sostener que, aunque se considere que el Estado de Derecho en su inicio era el propio Estado Liberal, algunas condiciones del Estado de Derecho eran insuficientemente cumplidas o, hasta mismo, olvidadas.

El Estado Liberal era abstencionista (*laissez faire, laissez passer...*), acentuadamente en el área de los derechos sociales, económicos y culturales; pero, éste carácter estaba ausente, siendo observado, al contrario, un total perfil intervencionista en pro de la propiedad privada, en cuestiones de orden público y militar, con rígida represión de huelgas, protestas o algaradas<sup>592</sup>.

La sociedad ya no era estamental como en el antiguo régimen, sino rígidamente clasista, con muy reducida y difícil movilidad. Es fácil constatar su naturaleza individualista, de carácter fuertemente elitista, con la ascensión y consolidación del poder de la burguesía, de sus derechos y preferentes libertades<sup>593</sup>.

La propiedad privada individual era sacralizada, tanto que la propia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, disponía en su art. 17 que: “*Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie deberá ser privado de él, excepto en los*

---

<sup>592</sup> DÍAZ, Elías. “Estado de derecho y legitimidad democrática”, *cit.*, p. 90.

<sup>593</sup> DÍAZ, Elías. “Estado de derecho y legitimidad democrática”, *cit.*, p. 90.

casos de necesidad pública evidente, legalmente comprobada, y en condiciones de una indemnización previa y justa” (destacamos). Más tarde, fue positivada casi sin límites en los Códigos Civil y de Napoleón que, como es sabido, fueron referencia para muchas legislaciones en el mundo. La propiedad privada era la base del modo de producción que se pasó a identificarse como capitalismo; la economía era la de “libre mercado”: por un lado, bajos salarios, subconsumo y pobreza; por otro, fuerte acumulación privada de capital<sup>594</sup>.

Todavía, aunque hubiera la declaración y protección jurídica de libertades y derechos fundamentales, el reconocimiento de tales derechos era, como señala Elías DÍAZ, “profunda e injustamente desigual e insuficiente”<sup>595</sup>, claramente inclinado a la burguesía.

Así que, a finales del siglo XIX, inicio del siglo XX el Estado Liberal entró en crisis<sup>596</sup>. Los problemas sociales y principalmente económicos florecían ante un Estado totalmente no interventor, fundamentado en el individualismo exacerbado y en el total abstencionismo estatal, lo que llevó, en fin, a la eclosión de la crisis.

Por otro lado, allá del factor económico, la crisis del Estado Liberal tenía una vertiente político-institucional, es decir, algunos

---

<sup>594</sup> DÍAZ, Elías. “Estado de derecho y legitimidad democrática”, *cit.*, p. 90.

<sup>595</sup> DÍAZ, Elías. “Estado de derecho y legitimidad democrática”, *cit.*, p. 91.

<sup>596</sup> GARCÍA MORILLO, Joaquín. *La democracia en España*, Madrid, Ed. Alianza, 1996, p. 39. También analiza la crisis del Estado Liberal FLORES PRADA, Ignacio. *El ministerio fiscal...*, *cit.*, p. 143 y ss.

fundamentos del Estado Liberal no se ajustaban a la nueva realidad social.

El modelo económico liberal ya no ofrecía más respuestas a la realidad socioeconómica y la necesidad de un nuevo sistema político para dar fin a los desequilibrios era evidente<sup>597</sup>.

Sin embargo, es importante resaltar que la crisis del Estado Liberal no condujo a la rotura de los fundamentos del Estado de Derecho y de las conquistas en el área de las garantías y derechos individuales. Como advierte FLORES PRADA,<sup>598</sup>

“El cáncer del Estado liberal, conviene insistir en ello, no está en los planteamientos de base del Estado de Derecho, esto es, en el principio de legalidad, en el sometimiento al derecho, en la división de poderes, en la protección de los derechos fundamentales o en el modelo normativo constitucional; más bien se encuentra en los marcados perfiles liberales – individualidad, propiedad y juego de mercado – que se filtran por todos los poros de la estructura jurídico-política del Estado”.

Por tanto, las causas de la crisis del Estado Liberal no pueden ser identificadas en las conquistas históricas, en materia de derechos y garantías fundamentales, que constituyen, en realidad, la esencia del propio Estado de Derecho; tampoco en las estructuras de base del Estado de Derecho, como el principio de legalidad, división de poderes o imperio de la ley. Estas conquistas del evento revolucionario francés son válidas hasta los días actuales y figuran en

---

<sup>597</sup> GARCÍA MORILLO, Joaquín. *La democracia...*, cit., p. 40.

<sup>598</sup> FLORES PRADA, Ignacio. *El ministerio fiscal...*, cit., p. 146.



las constituciones de los Estados de Derecho como postulados rectores.

### **b) La aparente solución de los sistemas totalitarios**

Ante la grave crisis, las carencias e insuficiencias del Estado Liberal, fue instituido un modelo de Estado que antecedió al Social. Como forma de oponerse al no-intervencionismo y al individualismo exacerbado, surgieron los Estados totalitarios, planteando falsas salidas de carácter arbitrario impuestas por el comunismo burocrático y por las dictaduras fascistas<sup>599</sup>.

Éstas dictaduras fascistas, con el pretexto de suplir el abstencionismo del Estado y el individualismo de la sociedad, se constituían en la reunión de todos los aspectos negativos del liberalismo, es decir, las deficiencias que, en realidad, fueron la causa de la crisis del Estado Liberal, sin poseer ninguna de sus ventajas: los derechos y libertades del hombre y del ciudadano conquistados tras la lucha contra el absolutismo sufrieron arbitraria y abusiva limitación<sup>600</sup>.

Así, es posible hasta mismo sostener que, en éste contexto, los Estados totalitarios no eran una verdadera reacción al liberalismo, pues fue la propia burguesía liberal quien cambió las bases del individualismo y del abstencionismo por otras no liberales, sino totalitarias, cuando percibió que aquéllas resultaban ya insuficientes

---

<sup>599</sup> DÍAZ, Elías. “Estado de derecho y legitimidad democrática”, *cit.*, p. 91.

<sup>600</sup> DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, *cit.*, p. 101.

para la defensa, a toda costa, del sistema capitalista, que era lo que, de verdad, interesaba<sup>601</sup>.

La falencia de los modelos totalitarios era fácilmente previsible. Así, como reacción y firme rechazo de las salidas de carácter totalitario, de manera dual y gradual, nació el Estado Social de Derecho<sup>602</sup>.

### **c) Estado Social de Derecho**

El Estado Social, a diferencia del Estado Liberal, puede ser caracterizado, principalmente, por ser un Estado interventor y superador del individualismo, con vistas a propósitos de carácter social, pero sin que tal carácter le identifique a los sistemas totalitarios. Con base en ello, se extrae la concepción de Estado Social de Derecho de Elías DÍAZ:

“Se concibe éste como fórmula que, a través de una revisión y reajuste del sistema, evite los defectos del Estado abstencionista liberal, y sobre todo el individualismo que le servía de base, postulando planteamientos de carácter ‘social’ que, por otra parte, queden también perfectamente diferenciados de cualquier otro sistema cercano a los totalitarios fascistas. El Estado social de Derecho, ‘casi’ es obvio advertirlo, continúa constituyéndose como auténtico Estado de Derecho”<sup>603</sup>.

La constitucionalización del Estado Social, aunque no de forma explícita, tiene su primera manifestación en la Constitución

---

<sup>601</sup> DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, cit., pp. 57-58.

<sup>602</sup> DÍAZ, Elías. “Estado de derecho y legitimidad democrática”, cit., p. 91 y ss.

<sup>603</sup> DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, cit., p. 101.

mexicana de Querétaro, en 1917, y en la alemana de Weimar, en 1919<sup>604</sup>. En la Constitución de Weimar, lo que se hizo fue utilizar por primera vez en un texto constitucional indicativos del Estado Social, cuando prescribía, en su preámbulo, el anhelo de “fomentar el progreso social”<sup>605</sup>. La expresión “Estado Social” sólo va a aparecer expresamente en la Ley Fundamental de Bonn, de 23 de mayo de 1949, en la cual, al lado de los derechos de libertad, característicos del Estado Liberal, aparecen los derechos sociales, que tienen la función de realización de la justicia social<sup>606</sup>.

Así, el nacimiento del Estado Social se da antes mismo de las tentativas totalitarias, en medio de éstas y del Estado Liberal, aunque

---

<sup>604</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso. “El estado social”, en *Revista española de derecho constitucional*, n. 69, septiembre/diciembre 2003, p. 151. A par de ello, es importante tener en cuenta que, aunque éstas fueran las primeras manifestaciones de la constitucionalización del Estado Social, no fueran el origen de la idea del Estado Social. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones...*, cit., pp.14 y ss., sostiene que el precursor de la concepción del Estado Social es LORENZ VON STEIN que, en 1850 sostenía que había empezado la época de las revoluciones sociales, tras el término de la fase de las revoluciones y de las reformas políticas.

<sup>605</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha...*, cit., p. 81. El autor transcribe el preámbulo de la Constitución de Weimar: “La nación alemana, acorde en sus diversas ramas y animada de la voluntad de renovar y consolidar su *Reich* en nombre de la libertad y de la justicia, servir a la paz interior y exterior y fomentar el progreso social, se ha dado esta Constitución”.

<sup>606</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha...*, cit., pp. 81-84. Aún, véase BOSCH GRAU, Ximo. “El estado social y sus detractores”, en *Jueces para la democracia*, n. 71, julio/2011, p. 40. El autor analiza el origen del Estado Social, y establece sus fundamentos bajo la perspectiva de los derechos sociales.

su consolidación se verificará solamente tras la II Guerra Mundial, cuando se impone como sistema vigente en gran parte de los países desarrollados occidentales, como Estados Unidos, Alemania, Inglaterra, Francia, Italia, entre otros<sup>607</sup>.

Las características y exigencias del Estado de Derecho están presentes también en el Estado Social de Derecho: imperio de la ley, formalizada como tal en un órgano popular representativo, separación y distribución de poderes, legalidad de la Administración y garantía de los derechos y libertades fundamentales.

Además de ellas, hay rasgos propios del Estado Social de Derecho que consisten en su esencia y fundamento. El más importante de ellos es, como ya afirmamos, el carácter intervencionista, con la finalidad de atender y llevar a la práctica las demandas sociales de mayor participación y mayores cotas y zonas de igualdad real. Esa participación democrática se verifica, principalmente, en el sufragio universal (inclusive el femenino), sumado a un amplio pacto social con compromiso por el Estado para las políticas de bienestar, en áreas como sanidad, educación, seguridad social, etc<sup>608</sup>.

Otra característica es que las corporaciones económicas y profesionales, las asociaciones patronales y sindicales, entre otras, adquieren en el Estado Social una mayor presencia, además de

---

<sup>607</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha...*, cit., pp. 81-82.

<sup>608</sup> DÍAZ, Elías. "Estado de derecho y legitimidad democrática", cit., p. 92.

reconocimiento público explícito, incluso oficial<sup>609</sup>. Tanto es así que muchos consideran que el Estado Social de Derecho puede ser denominado de Estado de Asociaciones y Estado de Partidos. Sin embargo, cabe destacar, desde ahora, que estos términos no pueden ser considerados sinónimos del Estado Social de Derecho, y los motivos de tal afirmación serán examinados en el apartado siguiente que trata de las diversas denominaciones del Estado Social de Derecho.

También se reconoce como una particularidad del Estado Social de Derecho el esmero en el intento de romper con el modo capitalista de producción. Pero eso no significa renunciar a reformas progresivas que transformen realmente el sistema, pues, como señala Elías DÍAZ,

“(...) ‘capitalismo’ y ‘socialismo’ no son esencias cerradas y absolutas, totalmente aisladas e incomunicadas entre sí, el mal o el bien radicalmente incuestionables (o viceversa), sino que deben verse como momentos, partes o sectores de un siempre abierto e inacabable proceso histórico”<sup>610</sup>.

Comprendida en éstas reformas transformadoras llevadas a cabo por el Estado Social, la medida de mayor relevancia es la de creación y potenciación de un sector público estatal operante en el campo de la producción, así como la de una más decidida acción de los poderes políticos para avanzar en esos objetivos de mejor redistribución. Con esas medidas, el Estado interviene en la economía y contribuye en la regulación del volumen de las

---

<sup>609</sup> DÍAZ, Elías. “Estado de derecho y legitimidad democrática”, *cit.*, p. 93.

<sup>610</sup> DÍAZ, Elías. “Estado de derecho y legitimidad democrática”, *cit.*, p. 93.

inversiones a través de políticas que exigen aumento de gasto público e ingresos fiscales para generar empleo, ahorro y, al final, inversión<sup>611</sup>.

De entre todas las características del Estado Social, seguramente la que más trascendencia e impacto social tiene, al lado del intervencionismo estatal y que con el cual guarda especial correlación, es la de hacer más reales e iguales para todos las libertades y los derechos civiles y políticos. Aunque activamente proclamados por los sistemas liberales, eran siempre postergados y olvidados, acabando por quedarse solamente en el plan formal. Es con el Estado Social de Derecho que, por fin, es posible darles eficacia, pasando, ahora, al plan material. Es decir, con el Estado Social, ahora, es posible:

“(...) hacer efectivos, con carácter de universalidad, los derechos sociales, económicos y culturales derivados de las necesidades básicas de la salud, la enseñanza, la vivienda, un régimen de prestaciones de seguridad y sistema público de pensiones, exigibles a fin de dar un muy diferente sentido y una mejor esperanza de vida real a millones y millones de seres humanos.”<sup>612</sup>.

Ahora bien, tras la definición de estas características que determinan lo que viene a ser el Estado Social de Derecho, es importante tener en cuenta que hay algunas particularidades que le difieren de las demás especies de Estados analizadas. El rasgo que le distingue, así, del Estado Liberal es que el Estado Social de Derecho es un Estado decididamente intervencionista, dotado, por

---

<sup>611</sup> DÍAZ, Elías. “Estado de derecho y legitimidad democrática”, *cit.*, p. 94.

<sup>612</sup> DÍAZ, Elías. “Estado de derecho y legitimidad democrática”, *cit.*, p. 95.

ello, en las palabras de Elías DÍAZ, de un “ejecutivo fuerte”, y, por tanto, no de un “ejecutivo absolutamente incontrolado” de los Estados totalitarios<sup>613</sup>.

El “ejecutivo fuerte” del Estado Social de Derecho es necesario para hacer efectivas las metas a que se propone, para la realización de la aspirada justicia social. Es la Administración quien actúa en el sentido de incrementar el desarrollo económico-social con vistas a la consecución de una sociedad de bienestar.

DAMASKA identifica este Estado como “Estado activista” como aquel que “hace mucho más que adoptar unas cuantas políticas y programas de bienestar. Abarca o lucha por una teoría coherente de la buena vida y trata de usar su base para un programa completo de mejora material y moral de los ciudadanos.”<sup>614</sup>

Esta noción de Estado activista (o estado del bienestar) es opuesta a la de Estado reactivo (o de *laissez faire*). Este último, por otro lado, es caracterizado por ser un Estado minimalista, que solo está preocupado en proteger el orden y ofrecer un foro para resolver las disputas que los propios ciudadanos no pueden resolver. Es decir, es un Estado abstencionista y, por lo tanto, que carece de poder transformador<sup>615</sup>.

---

<sup>613</sup> DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, cit., pp. 103-104.

<sup>614</sup> DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 128-129.

<sup>615</sup> DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia...* cit., pp. 128-132.

Para cumplir con sus nuevas prerrogativas, en el Estado Social, es el Gobierno el responsable por una gran parte de la legislación material, que es llevada a cabo por vía de los decretos-leyes u ordenanzas. Inclusive, la mayoría de las leyes formales, o sea, aprobadas por el Parlamento, tienen su origen en proyectos de ley presentados por el Gobierno. Éste es solamente un ejemplo de las atribuciones típicas de un poder que son conferidas también a otro<sup>616</sup>.

Justamente en razón de la importancia de su papel, con más capacidad dispositiva y decisoria (por lo tanto, con más poder), que se exige más el control y la responsabilidad jurídica de la Administración, de manera que el respecto al principio de la legalidad de la Administración, su actuación según la ley, significa la “aceptación actualizada del principio de división de poderes”<sup>617</sup>.

El modelo clásico de división de poderes es, así, solamente en cierta medida compatible con las exigencias del Estado Social, porque es necesario someterse a un proceso de adaptación. A la ya

---

<sup>616</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones...*, cit., pp. 57-58. Especialmente en el tema de los conceptos jurídicos indeterminados, el hecho de que a la Administración también es conferida, en casos especiales, la legítima atribución de legislar, tiene una gran relevancia. En los decretos-leyes la proliferación de conceptos jurídicos indeterminados es notable. Además, no sólo a la hora de la elaboración de un texto legislativo, sino que en la interpretación también, los conceptos jurídicos indeterminados están frecuentemente presentes.

<sup>617</sup> DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, cit., p. 106.



mencionada creciente actuación de la Administración se suma el hecho de que el Estado Social de Derecho exige un control de constitucionalidad de las leyes, lo que, por un lado, limita los poderes del Parlamento, y por otro, concede a los jueces una función que va mucho más allá de la que le asignaba MONTESQUIEU<sup>618</sup>.

Todo ello tiene explicaciones. La primera es que, en el Estado Liberal, el valor máximo era la libertad, a la que se trataba de garantizar en el plan formal, mediante la limitación de la acción del Estado, totalmente abstencionista. No obstante, en el Estado Social, la libertad, aunque sea un valor de primer rango, no puede valerse sola, es decir, necesita de otros valores (de entre los cuales se destaca la seguridad económica) que han de ser garantizados en el plan material por la intervención armonizada (y no separada) de los poderes del Estado<sup>619</sup>.

La otra explicación es que, a diferencia del Estado Liberal, en que la división de poderes era nítida, cabiendo a cada función tareas y órganos específicos y distintos, en el Estado Social de Derecho la división de poderes, como ya sostenemos, recibe una relectura: el sistema es más complejo, y un mismo poder cumple distintas funciones y una misma función es cumplida por distintos poderes<sup>620</sup>.

Por lo tanto, el actuar de ese Estado intervencionista debe ser nortado por la cooperación entre los poderes, a fin de garantizar los

---

<sup>618</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones...*, cit., pp. 57-58.

<sup>619</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones...*, cit., p. 57.

<sup>620</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones...*, cit., p. 58.

valores primordiales de la sociedad. Y en el cumplimiento de esa nueva tarea, los poderes pueden legítimamente asumir funciones que no le son típicas, sin que ello constituya una infracción al principio de división de poderes, sino que una adaptación a las exigencias actuales. Notablemente resume GARCÍA-PELAYO, cuando trata del principio de la división de poderes en el Estado Social: “la trinidad de poderes se ha hecho demasiado simple para explicar la división del poder en un Estado y en una sociedad acentuadamente complejos”<sup>621</sup>.

Otra consecuencia derivada de ello es que el ordenamiento jurídico asume el compromiso político de transformación del orden social, norteado por la Constitución<sup>622</sup>. La utilización de conceptos jurídicos indeterminados es una de las transformaciones del ordenamiento jurídico que se hicieron necesarias para llevar a efecto los nuevos fines del Estado.

En el Estado Social, el Derecho es utilizado como instrumento de cambio social y de gestión de políticas públicas, motivo por el cuál la ley es utilizada no sólo para disciplinar comportamientos, sino que también para adelantar y guiar el desarrollo social y económico. Así, con el fin de afrontar la complejidad de esos nuevos sectores de intervención, el legislador recurre a figuras como cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados<sup>623</sup>.

---

<sup>621</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones...*, cit., p. 60.

<sup>622</sup> FLORES PRADA, Ignacio. *El Ministerio Fiscal...*, cit., p. 159.

<sup>623</sup> GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patricia. *Los jueces...*, cit., pp. 19-20.

También tales cambios se deben a la complejidad social de los grupos humanos y la sofisticación de sus interacciones y demandas, que exigen muchas normas jurídicas, de contenidos muy técnicos y especializados<sup>624</sup>.

Se constata que el ordenamiento jurídico es mucho más complejo que en el Estado Liberal; así, el juez debe asumir un papel distinto también, con el fin de absorber la complejidad que otrora no había, lo que significa que el juez “boca de la ley” no responde más a las exigencias derivadas de estas mutaciones. Ahora, es exigida una actividad interpretativa por parte de los jueces cargada de criterios valorativos, lo que, directamente, atinge la objetividad del juzgador<sup>625</sup>.

Ahora bien, delante de éstas circunstancias, la afirmación de que ha crecido la supremacía del juez es axiomática<sup>626</sup>, y ciertamente las transformaciones ocurridas en el ordenamiento jurídico, con la proliferación descontrolada de normas y cambio de paradigma en las técnicas de tipificación, con el uso (algunas veces, incluso, abuso) de conceptos jurídicos indeterminados constituyen la principal causa del protagonismo creciente del Poder Judicial<sup>627</sup>.

---

<sup>624</sup> LAPORTA, Francisco J. “Imperio...”, *cit.*, p. 113.

<sup>625</sup> LÓPEZ LÓPEZ, Angel M. “Independencia, imparcialidad...”, *cit.*, p. 963.

<sup>626</sup> HERNÁNDEZ MARTÍN, Valeriano. *Independencia...*, *cit.*, pp. 54-69.

<sup>627</sup> Todos estos cambios pueden ser analizados también bajo el prisma del constitucionalismo, a través de los diferentes ángulos que se presentan: el neoconstitucionalismo (o constitucionalismo principialista) y el constitucionalismo garantista. Los hechos examinados son los mismos, pues son teorías que tratan

En éste nuevo escenario mucho más complejo, la judicatura es titular de un poder capaz de defender el ciudadano de los excesos de la administración y de la legislación, neutralizando, de esta forma, la politización del Gobierno y del Parlamento. El control de constitucionalidad es el principal (pero no exclusivo) instrumento de que utiliza el Poder Judicial, que le convierte en “guardián del recto uso del aparato estatal, hasta el punto que algunos tratadistas transformen la trinidad clásica en la dualidad Gobierno-Parlamento, de un lado, y judicatura, de otro”<sup>628</sup>.

**d) Estado Social de Derecho, Estado de bienestar y Estado Democrático de derecho**

El Estado Social es también llamado por algunos de “*Welfare State*” o “estado de bienestar”, “Estado de partidos” y “Estado de asociaciones”. Sin embargo, estas denominaciones no corresponden al verdadero sentido del Estado Social, y por ello no deben ser tomadas como sinónimo, porque se limitan a definir exclusivamente uno u otro aspecto del Estado Social<sup>629</sup>.

---

de tienen por objeto justamente el nuevo modelo de Estado que tuvo su origen después de la segunda guerra, y es caracterizado por tener una Constitución rígida y un amplio rol de derechos fundamentales. Las corrientes mencionadas presentan visiones distintas de los efectos que estos y otros cambios acarrearán. Tratamos de estos paradigmas del Estado Constitucional en el capítulo anterior.

<sup>628</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones...*, cit., p. 61.

<sup>629</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones...*, cit., pp. 13-14.

Respecto de esas variadas denominaciones del Estado Social, cabe destacar lo siguiente: las designaciones “Estado de partidos” y “Estado de asociaciones” aluden únicamente a problemas específicos del proceso de distribución de poder, lo que reduce el contenido del significado del Estado Social.

Aunque más difundido, mejor suerte no tiene el término “*Welfare State*” o “estado de bienestar”, porque se refiere esencialmente a una dimensión de la política estatal, es decir, a las finalidades de bienestar social. El equívoco está en el hecho de que el bienestar social es solamente uno de los muchos aspectos del Estado social, aunque sea uno de los principales<sup>630</sup>.

DÍEZ MORENO, con todo, reconoce la identidad sustancial entre Estado de bienestar (también llamado por él de Estado-benefactor) y Estado Social. Sin embargo, no niega las profundas diferencias existentes entre ellos desde la perspectiva de los derechos sociales, esto es:

“(…) mientras el Estado social y sus prestaciones son consecuencia de los derechos sociales reconocidos constitucionalmente o simplemente en la práctica, el Estado benefactor o providencia responde a una pura actividad estatal sin correspondencia específica en el preceptor de la prestación”<sup>631</sup>.

---

<sup>630</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones...*, cit., p. 14. Aun, el autor sostiene que ser un estado de bienestar no significa ser un Estado Social. Tanto es así que “el Estado de la época del absolutismo tardío fue también calificado como Estado de bienestar” (p. 14).

<sup>631</sup> DÍEZ MORENO, Fernando. *El estado social*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 47-48.

Concluye, al final, sosteniendo que:

“(…) el Estado asistencial o benefactor, se transforma en un Estado de bienestar cuando además de aquellas atenciones adopta una política de general preocupación por el desarrollo económico, y éste a su vez se transforma en un Estado social cuando las prestaciones y servicios sociales le vienen impuestos como consecuencia de los derechos sociales reconocidos en los textos constitucionales o meramente ejercidos en la práctica”<sup>632</sup>.

Sin embargo, la cuestión presenta otra alternativa si visualizada desde otro ángulo y la clave está en el hecho de qué se entiende por bienestar. Según el profesor TIERNO GALVÁN, el bienestar social general supone una economía súper desarrollada de plena producción y pleno empleo<sup>633</sup>.

Por ello, hay una fuerte tendencia en la doctrina, encabezada por Elías DÍAZ, en sostener que el Estado Social actual no es todavía el Estado Democrático de Derecho<sup>634</sup>. Aunque esté en las finalidades del estado Social, todavía no se ha alcanzado éste bienestar social general.

---

<sup>632</sup> DÍEZ MORENO, Fernando. *El estado...*, cit., p. 48.

<sup>633</sup> TIERNO GALVÁN, Enrique, citado por DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, cit., pp. 118-119.

<sup>634</sup> DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, cit., p. 120. En sentido contrario, DÍEZ MORENO, Fernando. *El estado...*, cit., pp. 152 y ss. También rebatiendo la tesis de Elías DÍAZ, FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso. “El estado...”, cit., pp. 153-154.

El neocapitalismo, sistema económico del Estado Social, limita en muchos puntos la busca por esta situación. La razón es que, con el neocapitalismo, ciertos aspectos fundamentales del capitalismo han permanecidos invariados. Aunque algunas características han desaparecido o pueden desaparecer a medida que las propias exigencias de racionalidad o de competencia lo soliciten, como el carácter de desarrollarse en el marco institucional del mercado o el de respetar plenamente la libre iniciativa en la organización de la producción, el rasgo fundamental del capitalismo prevalece: la repartición desigual entre los individuos de la propiedad privada de los medios de producción<sup>635</sup>.

La conclusión de Elías DÍAZ evidencia esta situación:

“(...) cabe perfectamente concluir con toda razón que el neocapitalismo no constituye realmente un sistema de bienestar suficientemente democrático. Incluso a nivel interno, pero sobre todo considerado el problema a escala internacional, puede afirmarse sin parcialismo que tales modelos de organización neocapitalista están lejos de haber creado una sociedad verdaderamente democrática.”<sup>636</sup>.

Ahora bien, para que exista la democracia política, es indispensable que exista la democracia socioeconómica, de manera que democracia real y neocapitalismo no pueden ser tomados como términos equivalentes. Sería mucho más razonable sostener la equivalencia entre los términos democracia y socialismo, pues uniendo los problemas de la democracia a los del socialismo se

---

<sup>635</sup> DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, cit., p. 122.

<sup>636</sup> DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, cit., p. 123.

constituye la base para el entendimiento y la transformación real y ideológica de la sociedad actual<sup>637</sup>.

En el Estado Democrático de Derecho sí que es posible lograr el bienestar general y universal. Es la adopción de una concepción democrática del bienestar, configurada inicialmente por Raúl MORODO<sup>638</sup>, en la cual a la nota de bienestar se añade la cualificación de democracia: “Según esto, una legalidad es legítima, un Estado es legítimo, cuando tiene paz, libertad, bienestar y democracia<sup>639</sup>.”

El Estado Social sería, así, un paso más rumbo al Estado Democrático de Derecho, en el cual el bienestar social general es construido sobre valores más democráticos<sup>640</sup>. La sociedad civil, en este contexto, será más participativa, operando en toda su plenitud, y no solamente en privilegiados sectores, estamentos o poderosas corporaciones. Además, las instituciones jurídico-políticas (Parlamento, Administración y Tribunales de Justicia) serán

---

<sup>637</sup> DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, cit., pp. 132-133.

<sup>638</sup> MORODO, Raul. “Constitución, legalidad, legitimidad”, en *Boletín informativo del seminario de derecho político de la universidad de Salamanca*, n. 26, marzo, 1962, pp. 66 y 67.

<sup>639</sup> MORODO, Raul. “Constitución,...”, cit., p. 67.

<sup>640</sup> Según BOSH GRAU, Ximo. “El estado social y sus detractores”, cit..., p. 50: “(...) sin la más mínima duda, el estado social y democrático de Derecho representa la fase de nuestra historia que ha hecho posible el cumplimiento más avanzado de los derechos humanos.”.



actuales y imprescindibles para la instauración definitiva del Estado Democrático de Derecho<sup>641</sup>.

### **B) El Estado Español como “Estado Social y Democrático de Derecho”**

El Estado español es proclamado por la Constitución, en los arts. 1.1<sup>642</sup> y en su preámbulo<sup>643</sup>, como un Estado Social y Democrático de Derecho. Es muy importante tener en cuenta que lo sustentado posicionamiento de Elías DÍAZ no contradice la previsión

---

<sup>641</sup> DÍAZ, Elías. “Estado de derecho y legitimidad democrática”, *cit.*, p. 98.

<sup>642</sup> CE, Art. 1.1.

“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”

<sup>643</sup> CE, Preámbulo.

“La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de:

Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo.

Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular.

Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.

Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida.

Establecer una sociedad democrática avanzada, y

Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra.”

constitucional de un Estado Social y Democrático de Derecho. Conforme ya señalado, Elías DÍAZ llama al modelo de Estado que supera el neocapitalismo de “Estado Democrático de Derecho”; en realidad, es una manera semánticamente menos compleja y más sencilla de referirse al Estado Social y Democrático de Derecho<sup>644</sup>.

Es que, para que un Estado pueda ser considerado como verdaderamente democrático “se exige la socialización de los medios de producción, la autogestión social de todos los niveles y el paso de la representación política a la participación política”<sup>645</sup>. Además, el propio preámbulo constitucional habla de una “sociedad democrática avanzada”.

Respecto al origen de la previsión constitucional del Estado Social y Democrático de Derecho, es incuestionable que la inspiración del constituyente español fue el art. 20 y especialmente el 28 de la Ley Fundamental de la República Alemana, el cual se destaca por tener positivado constitucionalmente por primera vez la fórmula “Estado Social y Democrático de Derecho” tanto en su totalidad como cada uno de los términos que la integran<sup>646</sup>.

---

<sup>644</sup> GARRORENA MORALES, Angel. *El estado español como estado social y democrático de derecho*, Madrid, Ed. Tecnos, 1987, p. 223.

<sup>645</sup> LUCAS VERDÚ, citado por GARRORENA MORALES, Angel. *El estado español...*, cit., p. 226.

<sup>646</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones...*, cit., p. 92.

Antes de analizar el significado de la fórmula, es importante determinar su posición dentro de la Constitución, estableciendo, así, qué tipos o conjuntos normativos acoge el art. 1.1 de la CE.

En primer lugar, citado artículo está inserido dentro del rol prescrito por el art. 168 de la CE.<sup>647</sup> Ello significa que, para que sea posible reformarlo, se debe obedecer el mismo procedimiento que si se fuera revisar la totalidad de la Constitución. Exige, así, un método más rígido de reforma que para las restantes normas, lo que le coloca en una posición aventajada (al lado de más 33 artículos) sobre los demás preceptos constitucionales<sup>648</sup>.

En segundo lugar, la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho está inserida en las denominadas “normas fundamentales del Estado”, es decir, hace parte de las declaraciones de contenido sobre el carácter y finalidad del Estado establecido por

---

<sup>647</sup> CE, Art. 168.

“1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y la disolución inmediata de las Cortes.

2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.

3. Aprobada la reforma por las Corte Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.”

<sup>648</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones...*, cit., p. 93.

la Constitución y, consecuentemente, sobre sus principios estructurales y funcionales<sup>649</sup>.

Finalmente, en tercer lugar, el precepto ahora analizado configura parte de la esencia o sustancia de la Constitución Española, a la que le dan existencia normativa el resto de los dispositivos constitucionales. Es por este motivo que la norma que determina el Estado Social y Democrático de Derecho tiene, en las palabras de GARCÍA-PELAYO, “carácter acuñador, generador, germinal o troncal de otras normas de la constitución”<sup>650</sup>. Es, así, un precepto rector, que compone y sustenta las demás normas constitucionales.

La incorporación a la fórmula del Estado de Derecho de los adjetivos “social” y “democrático” supone una ampliación de su alcance y significado. Ya no basta tener en cuenta uno u otro calificativo en separado, y sí, hacer una interpretación del todo, es decir, integral, a fin de tener como resultado la acepción que quiso otorgar el constituyente a la expresión “Estado Social y Democrático de Derecho”<sup>651</sup>.

---

<sup>649</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones...*, cit., p. 93: Explicando mejor el tema, sostiene el autor que, allá de la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho, son también normas fundamentales o constitutivas del Estado los siguiente preceptos: “aquel que establece que la forma política del Estado español es una monarquía parlamentaria y el que determina que la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española y garantiza la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran”.

<sup>650</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones...*, cit., p. 93.

<sup>651</sup> Así lo propone GARRORENA MORALES, Angel. *El estado español...*, cit., pp. 201 y ss.

Tomados juntos los términos que componen la citada fórmula, adquieren un significado diferente del de la suma de los adjetivos en separado, o sea, los términos son implicados recíprocamente, lo que exige sea hecha la interpretación integral.

La expresión Estado Social y Democrático de Derecho es una totalidad compuesta por tres componentes inseparables en interacción recíproca, o sea, el objetivo social, la concepción ascendente o democrática del poder y la sumisión de ambos términos a la disciplina del Derecho<sup>652</sup>.

No constituye una simple agregación o yuxtaposición de estos elementos, sino la articulación de ellos en una totalidad conceptual. Tal integración revela una originalidad y una significación propias, que define a un tipo de Estado relativamente complejo constituido por la unidad de tres componentes vinculados entre sí por relaciones directas o indirectas, que varían conforme a sus casos y coyunturas concretas. Para GARCÍA-PELAYO, el hecho de que el Estado Social y Democrático de Derecho se trate de una totalidad significa que: “Cada uno de los términos sin perjuicio de su propia autonomía está vinculado con los demás mediante relaciones de coordinación que, de un lado, establecen limitaciones a su desarrollo y, de otro, amplían sus posibilidades de realización”<sup>653</sup>.

---

<sup>652</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones...*, cit., p. 94.

<sup>653</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones...*, cit., p.103.

El autor llega, entonces, a la conclusión de que cada uno de los componentes sólo cobra sentido y consecuentemente sólo puede ser entendido en relación con los otros, estando, así, en una conexión a que llama “interdependencia significativa”<sup>654</sup>, de manera que cada componente, es decir, el “social”, el “democrático” y el “formalismo del Estado de Derecho” han de comprenderse en función uno del otro.

Así, el componente “social” debe desarrollarse por métodos democráticos y sometido a la disciplina del Derecho, y no de forma autoritaria y arbitraria. La garantía de que los intereses sociales sean atendidos por la legislación y por las políticas gubernamentales es asegurada por el principio democrático, que lo hará en proporción a su menor o mayor presencia en la sociedad. Ya la realización ordenada de los valores sociales y el respecto frente a posibles actos arbitrarios de los poderes públicos son asegurados y garantizados por su vinculación al Estado de Derecho<sup>655</sup>.

A su vez, el componente “democrático”, en razón de ser considerado como parte integrante y esencial del Estado de Derecho, encuentra sus límites en su estructura normativa. También debe respetar los valores sociales constitucionalmente protegidos, lo que supone una ampliación de su contenido a la dimensión social y, consecuentemente, una limitación al decisionismo democrático.

Finalmente, el último componente de la fórmula, el “formalismo del Estado de Derecho”, también debe ser entendido en

---

<sup>654</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones...*, cit., p. 104.

<sup>655</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones...*, cit., p.103.

función de los demás componentes, para que no degeneren y configure un simple Estado legal compatible con formas autoritarias o con cualquier especie de contenido material. Esto sería totalmente posible, ya que, conforme señala Elías DÍAZ, no todo Estado es Estado de Derecho, sino que solamente aquel que está sometido al Derecho puede ser considerado como el verdadero. Sostener la sumisión del Estado al Derecho quiere decir sumisión de todos los poderes del Estado al orden jurídico, de modo que sean jurídicamente controlados y regulados tanto el poder como la actividad estatal. Por tanto, el formalismo del Estado de Derecho no podrá extenderse hasta bloquear los valores sociales y democráticos, a la vez que la orientación hacia estos valores contribuye a que el Estado de Derecho no se convierta en un simple Estado legal<sup>656</sup>.

En resumen, solamente a través de la ya mencionada “interdependencia significativa”, es decir, entender el Estado de Derecho en función de su conexión con el principio social y el principio democrático del Estado, es posible dar el sentido verdadero a la fórmula constitucionalmente consagrada del Estado Social y Democrático de Derecho.

### **3. El Poder Judicial en la Constitución Española**

#### **A) El Poder Judicial y la terminología utilizada por la Constitución Española**

---

<sup>656</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones...*, cit., pp.103-104.

La Constitución Española reserva uno de sus títulos para tratar exclusivamente el Poder Judicial <sup>657</sup>. La rúbrica del Título VI, dedicado a él de forma monográfica (“Del Poder Judicial”), rompe con la técnica que la Constitución sigue al referirse a los poderes Legislativo y Ejecutivo del Estado, regulados, respectivamente, bajo las rúbricas “De las Cortes Generales” y “Del Gobierno y de la Administración”<sup>658</sup>.

El hecho de la Constitución proporcionar tratamiento terminológico del Poder Judicial diferente de los demás poderes ha generado interpretaciones variadas. Por un lado, hay una corriente que sostiene que tal diferenciación se da sólo en el plan formal, es

---

<sup>657</sup> Véase HERNANDO SANTIAGO, Francisco José. “Poder judicial y constitución” en *Constitución y poder judicial: XXV aniversario de la constitución de 1978*, Madrid, Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2003, pp. 7-28: El autor desarrolla un interesante estudio respecto del tratamiento del Poder Judicial en las Constituciones Españolas, desde su primera Constitución, hasta llegar en la regulación actual de la Constitución de 1978. Siguiendo el constitucionalismo francés, con fuertes trazos del liberalismo revolucionario, desde las primeras regulaciones, las Constituciones españolas han prestado siempre particular atención al establecimiento de las reglas de juego esenciales en materia de Administración de Justicia, pero con sensibles diferencias de lo que acontece con la vigente Constitución de 1978. También tratando del histórico del Poder Judicial en las Constituciones Españolas ALZAGA VILLAMIL, Óscar. “El poder judicial en las constituciones españolas”, en *Constitución y poder judicial: XXV aniversario de la constitución de 1978*, Madrid, Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2003, pp. 56-81.

<sup>658</sup> Aunque no tratados expresamente de “Poder Legislativo” y “Poder Ejecutivo”, son previstos en títulos propios, más específicamente en los Títulos III y IV de la CE, respectivamente.



decir, se explica en razón de la unidad de las funciones atribuidas al Poder Judicial, al contrario de lo que ocurre con los otros poderes, cuyas funciones son más amplias y, por tanto, no limitadas al ejercicio de una única potestad<sup>659</sup>. Por otro lado, hay el entendimiento de que esta diferenciación trasciende el ámbito del plan formal: en razón del tratamiento dado por la Constitución, adquiere el Poder judicial una destacada importancia con relación a los demás<sup>660</sup>.

De todo ello, lo que es indiscutible es la naturaleza del Poder Judicial como auténtico poder del Estado. Al reconocer en el mismo art. 117.1 que “la justicia emana del pueblo”, la Constitución consagró el origen democrático del Poder Judicial.

Ahora bien, la importancia del Poder Judicial, conforme ya hemos destacado, ha crecido, pero no en razón del tratamiento terminológico conferido por la Constitución. Los nuevos fines a que se propone el Estado exigen del Poder Judicial una tarea más amplia. Las transformaciones del ordenamiento jurídico resultaran en un cuadro legislativo mucho más complejo, en el cual el juez tiene que actuar de manera a absorber esa complejidad.

La diferencia de expresiones que utiliza la Constitución cuando trata de cada uno de los poderes no supone, de ninguna

---

<sup>659</sup> ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de derecho constitucional*, 3ª.edición, Madrid, Ed. Tecnos, 2000, vol. II, p. 235.

<sup>660</sup> RUIZ VADILLO, Enrique. “Art. 117. El poder judicial”, en *Comentarios a la constitución española de 1978*, dirigido por ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, Madrid, Ed. Reunidas, 1998, Tomo IX, p. 294.

manera, una desvalorización del Poder Legislativo y Ejecutivo con relación al Judicial. Lo que sí justifica el aumento del protagonismo del Poder Judicial es justamente las nuevas funciones que asume el juez en el Estado Democrático de Derecho, de defensa de los derechos de los ciudadanos y de control de los actos de los poderes públicos<sup>661</sup>.

### **B) La sumisión a la ley como principio constitucional que informa la configuración del Poder Judicial**

Los principios constitucionales que informan la configuración del Poder Judicial están contenidos en el art. 117 de la CE<sup>662</sup>, y son

---

<sup>661</sup> NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. *Poder judicial y sistema de fuentes: la potestad normativa del consejo general del poder judicial*, Madrid, Ed. Civitas, 2002, p. 45.

<sup>662</sup> CE, TÍTULO VI. Del Poder Judicial

Art. 117.

“1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.

2. Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.

3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho.

5. El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y

ellos: la sumisión al imperio de la ley, la independencia, la inamovilidad y la responsabilidad. Sin embargo, tales principios deben ser interpretados teniendo en cuenta todos los preceptos que la norma constitucional dedica al Poder Judicial, pues solamente así es posible comprender su verdadero contenido.

El art. 117.1 establece que “la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”. Aunque sea el último principio previsto en este citado artículo, la sumisión a la ley es lo imprescindible y fundamental para la correcta comprensión de los demás. Su trascendencia e importancia son indiscutibles, pues es en él que es posible encontrar la respuesta para la legitimación del Poder Judicial.

Es sabido que el principio del sometimiento al imperio de la ley tiene sus orígenes, conforme ya examinado en el Capítulo II del presente trabajo, en la ideología liberal defendida por la Revolución Francesa. El dogma del imperio de la ley era el postulado rector del constitucionalismo liberal francés; la preocupación en convertir la ley como única fuente del Derecho llevó a una total desvirtuación de la verdadera ideología inspiradora, llegando al punto del sometimiento a la ley convertirse en el sometimiento a la voluntad del Parlamento.

---

funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.

6. Se prohíben los Tribunales de excepción.

Pero, en la actualidad, el principio del sometimiento al imperio de la ley no puede ser visto como otrora, debiendo ser entendido desde otra perspectiva. Cambios significativos ocurrieron en el Estado, en la ley y en el Poder Judicial, por ello el modelo del juez “boca de la ley” no encaja con las nuevas exigencias y los nuevos fines del Estado, la actual complejidad del ordenamiento jurídico y las nuevas funciones asumidas por el juez.

Así, es a través de estas cuestiones que ha de interpretarse la idea de que los jueces están sometidos únicamente al imperio de la ley de que trata el art. 117.1 de la CE.

Respecto del término “únicamente” de que se utiliza la Constitución, es fundamental tener en cuenta lo que, en realidad, quiere decir la Carta Magna.

Una cuestión interesante surge si analizados en conjunto el citado art. 117.1 y el 9.1<sup>663</sup>, ambos de la CE. Mientras el primero, como ya dicho, sostiene la sumisión únicamente al imperio de la ley, el segundo proclama la sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. A primera vista, puede parecer que hay una contradicción en los dos preceptos, pero la incompatibilidad es meramente ilusoria.

---

<sup>663</sup> CE, Art. 9.

“1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.”

La expresión “ley” no debe tomarse en sentido estricto, es decir, en el sentido de la “ley formal”, sino el contrario, debe entenderse en un sentido amplio, como sinónimo de “ordenamiento jurídico”. Hay que integrar la interpretación del art. 117.1 con otros preceptos de la CE, especialmente el citado art. 9.1, que dispone que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. A par de ello, el art. 1 de la LOPJ<sup>664</sup> habla del sometimiento a la Constitución y al imperio de la Ley, lo que constituye una razón más para considerar en el sentido amplio la “sumisión únicamente al imperio de la ley” de que trata el precepto 117.1 de la norma constitucional<sup>665</sup>.

Por tanto, no significa que el sometimiento es “sólo” a la ley en cuanto fuente del Derecho, con exclusión de las restantes. Sometimiento a la ley es, antes que nada, sometimiento a la Constitución. La ley, aunque sigue ocupando papel central en el ordenamiento jurídico, no es más sinónimo de todo Derecho, así que “sometimiento a la ley” es vinculación al ordenamiento jurídico en su conjunto<sup>666</sup>.

---

<sup>664</sup> LOPJ, Art. 1.

“La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por los Jueces y Magistrados integrantes del Poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la ley.”

<sup>665</sup> REVERÓN PALENZUELA, Benito. *Poder judicial, unidad jurisdiccional y estado autonómico*, Granada, Ed. Comares, 1996, p. 28.

<sup>666</sup> NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. *Poder judicial...*, cit., p. 80.

La vinculación del juez a la ley tiene el significado de vinculación al ordenamiento jurídico, al Derecho en definitiva y al sistema de fuentes constitucionalmente establecido, no debiendo ser entendida más en el sentido liberal clásico como aplicación silogística de la ley al caso concreto<sup>667</sup>.

No se puede negar que pueden existir casos, como son los conceptos jurídicos indeterminados, en que la decisión judicial no viene completamente determinada, en todos sus aspectos, por la ley, existiendo un margen de creación judicial, conforme ya analizamos en los capítulos anteriores. El problema está en determinar la compatibilidad entre creación judicial del Derecho y sometimiento del juez al ordenamiento jurídico, y la trascendencia que ello supone en la propia legitimación del Poder Judicial, aunque algunas soluciones ya han sido esbozadas.

Podemos decir que el punto neurálgico está en la definición de límites a la actividad creativa del juez. Desde el punto de vista de la interpretación judicial es evidente que el juez está sujeto a límites: el primer y principal límite es la Constitución, pues toda interpretación judicial ha de ser conforme con la norma constitucional; el límite siguiente es la ley y el sistema de fuentes<sup>668</sup>.

Además, hemos que recordar que la actividad interpretadora del juez está sujeta a revisión por parte de los órganos judiciales superiores, por vía de recurso, e incluso, del mismo Tribunal

---

<sup>667</sup> NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. *Poder judicial...*, cit., p. 83.

<sup>668</sup> NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. *Poder judicial...*, cit., pp. 85-86.

Constitucional. En éste contexto, lo que se revela como un mecanismo de especial relevancia es justamente la motivación de las decisiones, vez que es a través de ella que es posible verificar que la decisión judicial se encuentra dentro de los límites fijados por el sistema<sup>669</sup>.

### **C) Demás principios constitucionales que configuran del Poder Judicial**

No podemos analizar el principio constitucional de la sumisión del juez a la ley sin que tengamos en cuenta la independencia judicial, también constitucionalmente asegurada. Sin el postulado de la sumisión tan sólo al imperio de la ley, no sería posible asegurar la independencia del juzgador.

En el principio de independencia judicial se aúnan todos las demás características del Poder Judicial, y constituye el principio fundamental y la nota distintiva básica de este Poder en la Constitución<sup>670</sup>.

La acepción tradicional de este principio es de independencia del juez en el ejercicio de su función jurisdiccional. Se entiende que es éste el sentido acogido por la Constitución, aunque sea posible también entender la independencia judicial como la independencia

---

<sup>669</sup> NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. *Poder judicial...*, cit., p. 86.

<sup>670</sup> NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. *Poder judicial...*, cit., pp. 94-95.

que se proyecta sobre el conjunto del Poder Judicial, vinculada a la reivindicación de su autonomía organizativa<sup>671</sup>.

Así, la independencia es de cada juez o magistrado, y garantiza que él no debe obediencia a nadie ni a nada, salvo a la ley (entendida en el sentido amplio), como expresión que es de la voluntad popular<sup>672</sup>. Ello conlleva a la afirmación preliminar, de que sería imposible garantizar la independencia judicial sin el sometimiento exclusivo al imperio de la ley, de manera que la independencia judicial y la vinculación al ordenamiento jurídico están íntimamente atados.

Además de ello, hay dos garantías constitucionales que aseguran la independencia judicial: la inamovilidad de jueces y magistrados y la garantía institucional de la independencia judicial (el Consejo General del Poder Judicial)<sup>673</sup>.

La inamovilidad está conectada a la independencia personal del juez, y es la salvaguardia de la estabilidad de su cargo. Prevista en el art. 117.2, determina que “los jueces y magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en ley”. Estas causas de separación, suspensión, traslados o jubilación, por orden del art. 122.1 de la Constitución<sup>674</sup>, son previstas por una ley orgánica, más

---

<sup>671</sup> NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. *Poder judicial...*, cit., p. 96.

<sup>672</sup> NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. *Poder judicial...*, cit., p. 97.

<sup>673</sup> NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. *Poder judicial...*, cit., pp. 98-104.

<sup>674</sup> CE, Art. 122.



precisamente por la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y es del Consejo General del Poder Judicial la competencia para decidir y ejecutar cualquiera de las causas del citado artículo 122.1.

La garantía institucional de la independencia judicial es un instrumento adicional para la protección de la independencia judicial. Se constituye en la creación constitucional<sup>675</sup> (por primera vez en la historia) del Consejo General del Poder Judicial, un órgano separado del Poder Ejecutivo y al que es encomendada la función de gobierno del Poder Judicial.

---

“1. La ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia.”

<sup>675</sup> CE, Art. 122.

“(…)

2. El Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo. La ley orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario.

3. El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un periodo de cinco años. De estos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión.”

Los principios de exclusividad y unidad de la jurisdicción también están, en cierta manera, conectados al principio de independencia. La exclusividad de la jurisdicción supone que “la potestad jurisdiccional solamente es ejercida por los jueces y magistrados, con exclusión de cualquier otro órgano o poder del Estado”<sup>676</sup>, mientras que la unidad significa que “el Poder Judicial es *único* y que los jueces y magistrados que lo integran también forman un cuerpo único”<sup>677</sup>.

Allá de ellos, la Constitución prevé, en el art. 117.1, el principio de responsabilidad de los jueces y magistrados, también conectado al principio de independencia judicial, pues los jueces y magistrados no sólo son independientes, sino que, además, son responsables, es decir, “el reconocimiento de la independencia judicial no puede desembocar en una irresponsabilidad judicial que, por otra parte, resultaría incompatible con el principio democrático”<sup>678</sup>.

Es la responsabilidad la contrapartida de la independencia, como “la otra cara de la moneda”<sup>679</sup>. Está también relacionada a la garantía de la inamovilidad, de manera que, conforme decía MONTERO RÍOS, autor de la LOPJ de 1870, “sois inamovibles. Pero

---

<sup>676</sup> NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. *Poder judicial...*, cit., p. 90.

<sup>677</sup> NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. *Poder judicial...*, cit., p. 90.

<sup>678</sup> DELGADO DEL RINCÓN, Luis Esteban. *Constitución, poder judicial y responsabilidad*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 70.

<sup>679</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Independencia y responsabilidad del juez*, Madrid, Ed. Civitas, 1990, p.91.

entenderlo bien, sois inamovibles en vuestro cargo, porque sois responsables de vuestros actos”<sup>680</sup>.

Además, es una responsabilidad propia de los jueces en el ordenamiento jurídico y se trata de una responsabilidad jurídica, y no política<sup>681</sup>. Es cierto que, a primera vista, el reconocimiento de la independencia judicial supondría una contradicción con el principio democrático de responsabilidad política, en la medida en que la independencia judicial impediría someter al juez que ejerce la función judicial a todo tipo de controles, salvo aquellos que tengan por objeto comprobar si el juez ha actuado o no de conformidad con la ley. Por esta razón es que podemos concluir que el principio de independencia judicial no impide la existencia de controles sobre los órganos judiciales; lo que sí hace es limitarlos a los de carácter primordialmente jurídico<sup>682</sup>.

Esta responsabilidad se afirma en una triple vertiente: civil, penal y disciplinaria. La disciplinaria posee una división. Si deriva de faltas o errores en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, con ocasión de los procesos judiciales, será responsabilidad disciplinaria jurisdiccional o procesal y la competencia para ejercitar la potestad disciplinaria es de los jueces y magistrados que conozcan las resoluciones judiciales por vía de los recursos. Por otro lado, si dice

---

<sup>680</sup> MONTERO-RÍOS citado por MONTERO AROCA, Juan. *Independencia...*, cit., p. 91.

<sup>681</sup> NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. *Poder judicial...*, cit., p. 93.

<sup>682</sup> DELGADO DEL RINCÓN, Luis Esteban. *Constitución...*, cit., p. 71.

respecto a la forma y condiciones que los funcionarios judiciales, incluidos los jueces y magistrados, cumplen los deberes a que están sujetos por el cargo que ostentan, se trata de responsabilidad disciplinaria gubernativa, y los órganos competentes para ejercitar la potestad disciplinaria son los órganos de gobierno interior, así como el Consejo General del Poder Judicial<sup>683</sup>.

#### 4. La legitimación del Poder Judicial

El Estado de Derecho nacido con la Revolución Francesa fue el modelo para muchas democracias. Así, el dogma de la vinculación del juez a la ley, juntamente con el principio de la división (o separación) de los poderes, vino siendo el fundamento de la legitimación del Poder Judicial.

Nació también con la Revolución Francesa la idea de que los poderes del Estado, incluso el Poder Judicial, emanan de la soberanía, la cual, por su vez, reside en el pueblo, lo que lleva a concluir que la propia justicia emana del pueblo.

Sin embargo, hoy, en los Estados democráticos de Derecho, el pueblo ha transferido para los Juzgados y Tribunales el monopolio de la justicia. Entonces, surge una cuestión de gran relevancia: ¿dónde está la legitimación para que el Poder Judicial actuar, una vez que la soberanía popular ha transferido el monopolio de la justicia?

---

<sup>683</sup> NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. *Poder judicial...*, cit., p. 93.

Así que, de acuerdo con GIMENO SENDRA<sup>684</sup>, hay cuatro tesis que intentan dar respuesta a la cuestión planteada.

## **A) Las teorías de la legitimación del Poder Judicial**

### **a) Teoría de la justicia popular**

La primera es la que entiende que la designación popular del oficio judicial lo dota de legitimidad, tesis esta por la cual los ciudadanos son juzgados por sus iguales<sup>685</sup>. Este fue el modelo adoptado por el Estado Liberal originado tras la revolución burguesa, y en algunos países todavía subsisten estos métodos de participación popular, a través del sistema de jurados y de la justicia popular (elección).

Sostiene GIMENO SENDRA que el sistema de jurado “constituye la fórmula más perfecta de participación popular en la justicia, pues a través de él los ciudadanos asumen directamente la función jurisdiccional”<sup>686</sup>. Por ello, la legitimación democrática de éste

---

<sup>684</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción al derecho procesal*, 2ª edición, Madrid, Ed. Colex, 2004, pp. 20-28.

<sup>685</sup> GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ. *Introducción...*, cit., p.22.

<sup>686</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción...*, cit., p. 21. En el mismo sentido, COLMENERO GUERRA, José Antonio. “Ciudadanía y justicia. Eficacia y legitimidad de la administración de la justicia”, en *Nuevas políticas públicas, Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n. 5, 2009, p. 130: “No hay duda que la participación de la ciudadanía en la administración de la justicia, a través del jurado, encarna la idea de democracia y

sistema es indiscutible, pues es mucho más directa que la de los propios jueces técnicos, pues en el jurado no hay delegación del monopolio de la justicia, sino que es el propio pueblo español quien asume, sin intermedios, el ejercicio de la potestad jurisdiccional<sup>687</sup>.

El sistema de jurado es previsto en muchas constituciones, inclusive en la Constitución Española, en el art. 125<sup>688</sup>, y desarrollado por la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado<sup>689</sup>, que limita la utilización de la institución a algunos delitos específicos.

---

del poder popular, que debe imperar no solo en el legislativo y el ejecutivo sino también en el judicial. De tal manera que el jurado se suele presentar como una manifestación social y política de los regímenes democráticos y de libertad.”

<sup>687</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción...*, cit., p. 161.

<sup>688</sup> CE, Art, 125.

“Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.”

<sup>689</sup> LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

Art. 1. Competencia del Tribunal del Jurado.

“1. El Tribunal del Jurado, como institución para la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia, tendrá competencia para el enjuiciamiento de los delitos atribuidos a su conocimiento y fallo por ésta u otra Ley respecto de los contenidos en las siguientes rúbricas:

- Delitos contra las personas.
- Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.
- Delitos contra el honor.
- Delitos contra la libertad y la seguridad.
- Delitos de incendios.

Hay muchas críticas a este sistema. Analizando la cuestión, COLMENERO GUERRA subraya aspectos de su preparación y falta de objetividad, allá de su posible manipulación. Por la utilización de un “metalenguaje” por los profesionales en el juicio oral, muchas veces los jurados deliberan sin haber recibido toda la información sobre lo que deben decidir, o no lo han recibido correctamente<sup>690</sup>.

Además, mismo los jueces legos (los jurados) deben motivar sus veredictos, es decir, justificarlos con buenas razones respecto de

---

2. Dentro del ámbito de enjuiciamiento previsto en el apartado anterior, el Tribunal del Jurado será competente para el conocimiento y fallo de las causas por los delitos tipificados en los siguientes preceptos del Código Penal:

- Del homicidio (artículos 138 a 140).
- De las amenazas (artículo 169.1).
- De la omisión del deber de socorro (artículos 195 y 196).
- Del allanamiento de morada (artículos 202 y 204).
- De los incendios forestales (artículos 352 a 354).
- De la infidelidad en la custodia de documentos (artículos 413 a 415).
- Del cohecho (artículos 419 a 426).
- Del tráfico de influencias (artículos 428 a 430).
- De la malversación de caudales públicos (artículos 432 a 434).
- De los fraudes y exacciones ilegales (artículos 436 a 438).
- De las negociaciones prohibidas a funcionarios públicos (artículos 439 y 440).
- De la infidelidad en la custodia de los presos (artículo 471).

3. El juicio del Jurado se celebrará sólo en el ámbito de la Audiencia Provincial y, en su caso, de los Tribunales que correspondan por razón del aforamiento del acusado. En todo caso quedan excluidos de la competencia del Jurado, los delitos cuyo enjuiciamiento venga atribuido a la Audiencia Nacional.”

<sup>690</sup> COLMENERO GUERRA, José Antonio. “Ciudadanía y justicia...” cit., p. 131.

su decisión sobre los hechos<sup>691</sup>. La obligación de motivar está constitucionalmente prevista, en el artículo 120.3 de la CE<sup>692</sup>, y debe ser hecha por los jurados también, aunque sin la misma técnica de los jueces técnicos. No están libres, al igual que los jueces técnicos, de cometer errores.

La justicia popular es el otro sistema de participación popular. Sin embargo, al contrario del sistema del jurado, representa una fórmula más imperfecta de participación popular pues “la entrada del pueblo en la justicia se efectúa a través del instituto de la ‘representación’.”<sup>693</sup>. Ello significa que los integrantes del Poder Judicial deben ser elegidos por el pueblo, único ente en una democracia que ostenta soberanía.

La primera impresión es que el sistema de la justicia popular representa una gran legitimación democrática. El problema está en que tal legitimación está limitada sólo a un primer momento, y no en la continuidad del oficio judicial, porque hay una verdadera falta de independencia del juez frente al electorado<sup>694</sup>.

COLMENERO GUERRA apunta como una de las principales críticas a este sistema de justicia popular “la falta de independencia

---

<sup>691</sup> COLMENERO GUERRA, José Antonio. “Ciudadanía y justicia...” cit., p. 131.

<sup>692</sup> Art. 120. 3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.

<sup>693</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción...*, cit., p. 22.

<sup>694</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción...*, cit., p. 22.



del juez electo frente a la ‘maquinaria electoral’ que le llevó al cargo”<sup>695</sup>.

Cuando las elecciones son directas y exigen que sus candidatos estén patrocinados por partidos políticos, como ocurre en algunos estados de Estados Unidos de América, es observada una excesiva politización, lo que, de hecho, puede afectar no solo su independencia, sino también la imparcialidad del juez<sup>696</sup>.

Además de ello, el sistema de elección de los jueces por el pueblo no garantiza el acceso al oficio judicial de los más capaces, lo que representa un riesgo de debilitar la selección en el terreno profesional.

Para intentar acabar con estos problemas, muchos estados de los Estados Unidos de América han intentado reforzar la selección basada en el mérito profesional, pero sin desprestigiar por completo la conexión entre el judicial y los poderes representativos. Este intento se ha dado a través de la adopción de los llamados *merit plens*, por los cuales

“(…) las candidaturas se formulan por una comisión *ad hoc* – compuesta por jueces, abogados y ciudadanos – y se recogen en una lista que, por regla general, incluye de tres a cinco nombres por cada cargo vacante. E esta lista el gobernador procede después a nombrar al juez con un mandato no inferior a un año. Transcurrido

---

<sup>695</sup> COLMENERO GUERRA, José Antonio. “Ciudadanía y justicia...” cit., p. 131.

<sup>696</sup> Este problema es analizado por GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patricia. *Los jueces y la política – poder judicial y democracia*, Madrid, Ed. Taurus, 1999, traducción al castellano de RUIZ DE AZUA, Miguel Ángel, P. 38-39.

ese periodo de tiempo, el juez debe someterse a un referéndum popular, donde se juega la confirmación en el cargo por un periodo de tiempo que suele ser más bien largo.<sup>697</sup>

FERRAJOLI sostiene que “el poder judicial es un poder saber: tanto más legítimo cuanto mayor es el saber y tanto más ilegítimo cuanto mayor es el poder”,<sup>698</sup> por su carácter tendencialmente cognoscitivo.

Entonces, critica el sistema de la legitimación de los jueces por medio de la justicia popular, entendiendo que el carácter electivo de los magistrados está en contradicción con la fuente de legitimación de la jurisdicción<sup>699</sup>.

Según el autor italiano, la legitimación electiva es propia del poder político, y el poder judicial obtiene su legitimación exclusivamente de su sujeción a la ley<sup>700</sup>.

---

<sup>697</sup> GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patricia. *Los jueces y la política...* cit., p. 39.

<sup>698</sup>FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, traducción al castellano de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, BAYÓN, Carlos, GASCÓN, Marina, PRIETO SANCHÍS, Luis y RUIZ MIGUEL, Alfonso, vol. 2, p. 210.

<sup>699</sup>. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...* vol. 2, cit., pp. 209-210. Sostiene el autor italiano que “la legitimidad del juicio reside en la garantía de la imparcial comprobación de lo verdadero”, y así “no puede depender del consenso de la mayoría”.

<sup>700</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...* vol. 2, cit., p. 208.

TARUFFO<sup>701</sup>, analizando la cuestión, está de acuerdo, en este punto, con el pensamiento de FERRAJOLI, de que los jueces no tienen ninguna legitimación política y la elegibilidad del juez, así, no resuelve el problema. Además, apunta que puede crear serios inconvenientes, como la falta de independencia e imparcialidad del juzgador<sup>702</sup>.

### **b) Teoría de la designación ministerial**

La segunda tesis consiste en encontrar la legitimación en la designación ministerial, es decir, al Ministro de Justicia cabe la selección y promoción de los jueces. Habría, así, una cierta legitimación democrática toda vez que el Ministro es responsable de sus actos ante al Parlamento<sup>703</sup>.

---

<sup>701</sup> TARUFFO, Michele. “Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, 2008, traducción al castellano de FERRER BELTRÁN, Jordi, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com>, fecha 21/04/2014, 22:20, p. 390. Esclarecemos que, aunque TARUFFO esté de acuerdo con FERRAJOLI en este punto, rechazando la justicia popular como fuente de legitimación del Poder Judicial, sus tesis respecto de la legitimación del Poder Judicial no están de todo armónicas, conforme será analizado.

<sup>702</sup> En el mismo sentido, ERNST, Carlos. “Independencia judicial y democracia” en MALEM, Jorge, OROZCO, Jesús y VÁZQUES, Rodolfo (compiladores), *La función judicial: ética y democracia*, Barcelona, Gedisa Editorial, p. 242: entiende que los jueces no son un poder representativo, pues así considerarlo podría afectar a su independencia y con ello también a la democracia.

<sup>703</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción...*, cit., p.22.

Este modelo no es nuevo, ya que en Francia, desde 1810 el ingreso, la promoción o ascenso, y el régimen disciplinario de la Magistratura era confiado al Ministro de Justicia, el llamado *grand-juge M. le Ministre de la Justice*<sup>704</sup>. También en España permaneció vigente hasta la promulgación de la Constitución de 1978, que específicamente en el art. 122<sup>705</sup> establece el régimen del autogobierno de la Magistratura.

Así, hoy, en España, la competencia para establecer el procedimiento de selección y formación de los jueces y magistrados es del Consejo General de Poder Judicial<sup>706</sup>, y se da por medio de oposición libre, para la categoría de juez, junto con curso teórico y práctico en la Escuela Judicial.<sup>707</sup>

Por el sistema de la designación ministerial, la independencia del juez resulta perjudicada, pues en verdad se encubre la justificación de un privilegio del Poder Ejecutivo que acaba por interferir ilegítimamente en el Poder Judicial, infringiendo el principio de independencia judicial, que “no sólo ha de ser predicable frente a

---

<sup>704</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción...*, cit., p. 23.

<sup>705</sup> CE, Art. 122 ya citado.

<sup>706</sup> Lo hace por medio de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre. También la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre).

<sup>707</sup> Según el Art. 301. LOPJ. Véase MORENO CATENA, Víctor (Director) y COLMENERO GUERRA, José Antonio (Edición). *Ley Orgánica del Poder Judicial y Estatutos orgánicos*, 30ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2014, 1145 pp.

la sociedad y las partes, sino también respecto de los demás Poderes del Estado, incluyendo el Ejecutivo”<sup>708</sup>.

### **c) Teoría de la legitimación a través del proceso**

La idea sustentada por la tercera proposición es la de que la legitimación del Poder Judicial se da a través del proceso. La idea original fue de LUHMANN que, en su obra *Legitimation durch Verfahren* sostenía que cuando surge un conflicto el particular recurre al proceso para la resolución de su problema. Dentro del proceso, puede ver su pretensión triunfar o no, y en caso negativo, el proceso le ha quitado la razón y, por ello, su opinión no puede ser considerada por la sociedad, “de tal suerte que el proceso cumple con una función de desmembración social y de absorción de las protestas y, puesto que tal función es necesaria en toda sociedad, el proceso constituye la institución mediante la cual la Jurisdicción misma se legitima”<sup>709</sup>.

Tampoco se puede tener esta como la tesis que responde la cuestión. Es que el proceso, en sí mismo, no constituye el fin o la causa de la Jurisdicción, sino el medio, el “instrumento para la correcta aplicación del Derecho objetivo a los conflictos concretos”<sup>710</sup>; pero, importante destacar, concurren en el proceso algunos elementos legitimadores, como la imparcialidad y las garantías integrantes del debido proceso.

---

<sup>708</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción...*, cit., p. 23.

<sup>709</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción...*, cit., p. 24.

<sup>710</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción...*, cit., p. 24.

#### **d) La teoría de la vinculación del juez a la ley**

Como respuesta a la cuestión planteada, es posible identificar una cuarta tesis: la independencia del juzgador y su vinculación a la ley legitiman la atribución del pueblo a los Juzgados y Tribunales del monopolio de la potestad jurisdiccional<sup>711</sup>. Por lo tanto, en la actualidad, es la vinculación del juez a la ley que constituye el principal fundamento de la legitimación del Poder Judicial.

Por su relevancia y por representar el núcleo del problema planteado en éste capítulo, este tópico será desarrollado en el apartado siguiente, en separado.

#### **B) La independencia del juez y su vinculación a la ley como fundamento de la legitimación del Poder Judicial**

Los arts. 1.2 y 117.1 de la CE<sup>712</sup> disponen, respectivamente, que la soberanía reside en el pueblo español y la justicia emana del pueblo. Con base en ello, en la Constitución existen dos fuentes legitimadoras de la jurisdicción: una directa e inmediata, la del jurado,

---

<sup>711</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción...*, cit., pp. 24-28.

<sup>712</sup> CE, Art. 1.

“(…)

2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.”

CE, Art. 117.

“1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.”

en que el pueblo ejerce directamente, sin intermediarios, la función jurisdiccional; y otra indirecta o mediata, la de los jueces técnicos, en que la potestad jurisdiccional es otorgada por la Constitución a los Juzgados y Tribunales<sup>713</sup>.

En la fuente de legitimación indirecta, el pueblo (titular de la soberanía) transfiere el monopolio de la jurisdicción a los Juzgados y Tribunales, y la causa que legitima ello es justamente su independencia y sumisión a la ley.

Los jueces han de ser independientes, no sólo frente a la sociedad y las partes, sino también con respecto al Gobierno y a los órganos jurisdiccionales superiores. Sin la independencia, los jueces no podrían aplicar correctamente el Derecho a los casos concretos, ya que ella asegura también la imparcialidad, es decir, garante que la actividad judicial sea desinteresada<sup>714</sup>.

Además de independientes, para que exista la legitimación del Poder Judicial, los jueces han de estar “sometidos únicamente al imperio de la ley”. Es a través de la sumisión a la ley que se garantiza a los jueces su independencia, entendida como “exterioridad al

---

<sup>713</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción al derecho procesal*, 2ª edición, Madrid, Ed. Colex, 2004, p. 24.

<sup>714</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción...*, *cit.*, pp. 25-26: el autor sostiene que la legitimación judicial proviene de la “ausencia de interés con el objeto procesal, ya que, en cualquier otro caso, y a fin de garantizar su independencia, se impone su ‘abstención’ o recusación’.”

sistema político y, más en general, a todo sistema de poderes”<sup>715</sup> y esta, por su vez, tiene la función de aseguramiento de la imparcialidad, o sea, de la “ajenidad del juez a los intereses de las partes en causa”<sup>716</sup>. Así, ese sometimiento a la ley, y exclusivamente a ella, supone su no sometimiento a cualquier otra voluntad, incluso la su propia.

El sometimiento del juez a la ley debe ser, de esta forma, entendido de forma conjunta con la independencia judicial. Según HASSEMER, que sostiene que “ambos principios se relacionan entre sí en una conexión funcional y representan destacadas conquistas propias del Estado de derecho”<sup>717</sup>.

La sumisión de los órganos jurisdiccionales a la ley debe ser entendida a través del prisma del principio de la jerarquía normativa. Así, los jueces están, en primer lugar, sometidos a la Constitución; en segundo lugar, a las leyes emanadas de los Parlamentos, nacional o autonómicos, bien como las disposiciones con fuerza de ley (decretos leyes y legislativos); finalmente, sometidos a los Reglamentos del Poder Ejecutivo y del órgano de gobierno del Poder Judicial. La vigencia de dicho principio es controlada por el Tribunal

---

<sup>715</sup> Definición de FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, cit., p. 580.

<sup>716</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, cit., p. 580.

<sup>717</sup> HASSEMER, Winfried. “Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley”, en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Ed. Debate, 1992, traducción al castellano de MARTÍNEZ BRETONES, María Virginia, p. 272.



Constitucional y a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, dependiendo de la materia<sup>718</sup>.

Ahora bien, delante de todo lo expuesto, queda evidente, por tanto, que la vinculación del juez a la ley como fundamento de la legitimación del Poder Judicial es cuestión de gran relevancia. La actividad judicial se justifica en términos democráticos por la sumisión del juez a la ley, de la siguiente manera: la ley es democráticamente elaborada y resultado de la voluntad general; el juez, a su vez, en su actividad está a ella vinculado, lo que supone, al final, que indirectamente a través de la ley el juez también está democráticamente legitimado<sup>719</sup>. Por tanto,

“Es por medio de esta vinculación a la norma legal que el juez se vincula a la soberanía popular. De este modo, gracias a esta vinculación, cuando el juez desarrolla su función y decide sobre la aplicación del derecho al caso concreto, no está aplicando una voluntad propia – como tal completamente desvinculada de los ciudadanos – sino que está aplicando la voluntad general tal y como ha quedado plasmada en la ley. Así, pues, la legitimidad del juez no se encuentra en sí mismo, sino en la ley. Es la ley la que, a través de la aplicación que el juez hace de ella, ofrece cobertura democrática a la actividad judicial, justificándola”<sup>720</sup>.

Cuando se trata de la legitimación democrática del Poder Judicial a través de la sumisión a la ley se está tratando del principio de legalidad como principio legitimador de este poder, de manera que es posible identificar legalidad y legitimidad<sup>721</sup>. El origen de tal

---

<sup>718</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción...*, cit., p. 27.

<sup>719</sup> NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. *Poder judicial...*, cit., p. 65.

<sup>720</sup> NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. *Poder judicial...*, cit., p. 65.

<sup>721</sup> NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. *Poder judicial...*, cit., p. 66.

equivalencia está en los planteamientos liberales del constitucionalismo francés, donde el principio de legalidad era la piedra angular sobre la cual eran establecidas todas las actividades del Estado, inclusive las relativas al Poder Judicial.

Conforme ya examinamos en el capítulo anterior y en el principio del presente capítulo, el Poder Judicial del Estado resultante de la Revolución Francesa (Estado Liberal de Derecho) era considerado como un poder nulo, cabiendo a los jueces la aplicación mecánica de la ley. Su legitimación democrática era obtenida, así, justamente en la sumisión de la ley y la decisión judicial debería estar totalmente predeterminada en la ley<sup>722</sup>. En los casos en que no estaba, siquiera la interpretación era permitida a los jueces, y por el instituto del *référé législatif* el Parlamento haría la debida interpretación.

La postura los jueces era pasiva, es decir, su papel era limitado y sustancialmente subordinado en el contexto de la organización del Estado. El Poder Legislativo producía las leyes y al Poder Judicial cabría, solamente, su aplicación, se caracterizando una verdadera relación de subordinación de los jueces a la política<sup>723</sup>.

---

<sup>722</sup> NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. *Poder judicial...*, cit., p. 72.

<sup>723</sup> TARUFFO, Michele. "Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica", en *Isonomía*, n. 22, abril/2005, traducción al castellano de SALAZAR, Pedro, pp. 10-11. El autor describe la relación de los jueces con la política, en la organización del Estado: "Por otro lado, también la configuración teórico institucional del papel y de la función del juez en el contexto de la organización del Estado se insertaba en una concepción sustancialmente pasiva del juez. La metáfora de Montesquieu

Sin embargo, hoy la vinculación del juez a la ley es más compleja que antes, una vez que cambios significativos ocurrieron en el Estado, que sufrió significativas transformaciones desde el evento revolucionario francés, en la sociedad, en los ordenamientos jurídicos y, especialmente, en el propio Poder Judicial. Eso porque los valores aspirados por la sociedad, tras las conquistas de la Revolución Francesa eran, esencialmente, la libertad y la seguridad.

Y la manera encontrada para asegurarlos fue reunir lo máximo de situaciones posibles y abarcarlas por leyes; así que, en respuesta

---

del juez como “boca inanimada” que debe limitarse a pronunciar la “palabra de la ley” es ciertamente moderna como parte importante de la teoría de la separación de los poderes que tanto peso tuvo en la sucesiva construcción del Estado hasta nuestros días, pero otorga a los jueces un papel limitado, pasivo y sustancialmente subordinado. De hecho, la voluntad política se explica, en el modelo institucional de la separación de poderes, a través del poder legislativo que produce y emana las leyes. Ninguna voluntad política puede, en cambio, expresarse a través de la actividad de los jueces. Éstos no son –de hecho– “creadores” de derecho, sino meros y simples “aplicadores” del derecho: éstos deben –por decirlo de alguna manera– tomar la ley como ha sido producida por el poder político a través de las instituciones legislativas y limitarse a su aplicación a los casos concretos. No es casual que la versión-límite de esta concepción se exprese en la prohibición que tienen los jueces de interpretar las normas de ley; prohibición impuesta por el temor de que, mediante la interpretación los jueces, pudieran sustituir con su voluntad a la voluntad del poder que se manifiesta en las normas escritas y emanadas del legislador. En sustancia, el juez debe ser un aplicador pasivo de las normas que se producen “en otra parte” y que contienen y hacen explícitas las decisiones del poder político. En este sentido se reconfirma una relación de subordinación de los jueces a la política.”

a la idea de la ley como expresión de la voluntad general, y como forma de crear este ámbito de seguridad y libertad, nació la idea de codificación. De acuerdo con HASSEMER:

“La codificación de los grandes sectores del derecho – derecho civil, derecho mercantil, derecho penal, derecho procesal – significó, tras un largo período de dispersión jurídica, la posibilidad de una jurisprudencia ‘segura’ con todas sus consecuencias para la protección de los derechos de los ciudadanos”<sup>724</sup>.

Esta forma de elaboración de leyes consistía en “un sistema de cuerpos normativos sistemáticos, que ordenarían en un orden lógico perfecto los grandes sectores de la vida social, encuadrando ésta en un marco definitivo, cierto y seguro y tendencialmente estable”<sup>725</sup>, generando un ambiente de seguridad jurídica, por la cual la actuación judicial era más predecible. Tal escenario resultó en un Poder Legislativo poderoso, y en la denominación del siglo XIX como el “siglo del Legislativo”.

Hoy, por otro lado, la sociedad, más allá de valores como la seguridad jurídica y la libertad, aspira por justicia. El sistema de codificación adoptado tal como era en la época post revolución ya no es más la técnica legislativa prevaleciente. A cada día hay el surgimiento de situaciones inéditas al derecho y, por lo tanto, carentes de tratamiento legal, mismo frente a la multiplicación incontenible de leyes.

---

<sup>724</sup> HASSEMER, Winfried. “Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley”, en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Ed. Debate, 1992, traducción al castellano de MARTÍNEZ BRETONES, María Virginia, p. 204.

<sup>725</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica...*, cit., p. 32.

Así, la labor creativa de la actividad judicial ocupa un lugar central en la articulación constitucional del Poder Judicial. El ámbito creador del juez es cada vez más amplio porque el propio legislador, en el intento de solucionar este problema, deja al juez una mayor libertad para las decisiones en el caso concreto. Viene ocurriendo una serie de transformaciones en el ordenamiento jurídico, como el uso de cláusulas generales, conceptos jurídicos indeterminados, o mismo el alargamiento de la legitimación procesal, con la finalidad de protección de intereses difusos y colectivos.

Lo que resulta de todo este cuadro es que el papel del juez, y del Poder Judicial como un todo, ha crecido significativamente en importancia. La figura de un juez que solamente dice el Derecho (boca de la ley) no es más suficiente ante tantas transformaciones en el ordenamiento jurídico, mucho más complejo que antes<sup>726</sup>.

Y es por este motivo que se dice que, actualmente, todo indica que ahora llegó la vez del protagonismo del Poder Judicial<sup>727</sup>, dada la creciente relevancia de su papel para la garantía del Estado Social y Democrático de Derecho.

---

<sup>726</sup> LÓPEZ LÓPEZ, Angel M.. "Independencia, imparcialidad...", *cit.*, p. 963.

<sup>727</sup> Este es, por ejemplo, el entendimiento de LÓPEZ GUERRA, Luis. "La legitimidad democrática...", *cit.*, p. 44. También CÁMARA VILLAR, Gregorio. "Justicia y política...", *cit.*, pp. 27-28. Entiende GUARNIERI, Carlo, que se trata de un fenómeno denominado "judicialización de la política", dónde la justicia asume un papel creciente en los sistemas políticos democráticos, en GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patricia. *Los jueces...*, *cit.*, p.25.

DAMASKA apunta las características de la función judicial del que llama Estado activista (aquel que interviene y que tiene poder transformador). Como es un Estado preocupado en promover políticas públicas para los ciudadanos, la función judicial jugará el papel de implementación de estas políticas públicas<sup>728</sup>.

Y, cuando un juez promueve, por medio de sus decisiones, políticas públicas, puede ser considerado, así, un juez activista<sup>729</sup>.

Sin embargo, apunta el autor que esta forma de concebir la función judicial puede traer inseguridad jurídica y una depreciación de las reglas procesales, ya que el proceso es organizado por instrucciones flexibles, teniendo las reglas procesales importancia adjetiva. Las partes y los abogados tienen poca importancia, pues lo que importa es la implementación de la política pública o del programa del Estado y, para ello, las decisiones judiciales pueden ser alteradas cada vez que parezca necesario<sup>730</sup>.

Entonces, aunque el escenario sea del Estado Social de Derecho, es decir, activista, con todos los cambios en los ordenamientos jurídicos que se hicieran necesarios para llevarse a

---

<sup>728</sup> DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia...* cit., pp. 253 y ss. Véase también RUIZ-TAGLE, Pablo. "Análisis comparado de la función judicial", en *Revista de Estudios Públicos*, n. 39, Santiago, 1990, pp. 142-143.

<sup>729</sup> POGREBINSCHI, Thamy. "Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo", en *Direito, Estado e Sociedade*, n. 17, 2000, p. 143.

<sup>730</sup> RUIZ-TAGLE, Pablo. "Análisis comparado de la función judicial", en *Revista de Estudios Públicos*, n. 39, Santiago, 1990, pp. 142-143.

cabo sus nuevas funciones, no se puede concebir la función judicial que tiene por finalidad solamente la implementación de políticas públicas. Su principal propósito sigue siendo el de resolución de conflictos, y para alcanzarlo, tendrán que respetarse a las reglas procesales, a las partes en el proceso y a las decisiones judiciales.

En lo que dice respecto a los cambios ocurridos en el ordenamiento jurídico, es verdad que hoy hablamos de un juez diferente del juez del pasado, pues ha sufrido una profunda transformación en la función que le corresponde. Ya no debemos considerar aquel juez pasivo, mero aplicador de las normas y subordinado a la política. En la actualidad, se exige de él autonomía e independencia, es el juez intérprete, que desarrolla su función creativa de las normas, atribuyéndoles significados, delante de tantos cambios ocurridos en los ordenamientos jurídicos, donde es cada vez más frecuente se formular normas con términos vagos e conceptos jurídicos indeterminados.<sup>731</sup>

Es cierto que la situación actual no coaduna con el comportamiento pasivo de un juez. Una aproximación de los jueces y de la política no solo es necesaria como beneficiosa<sup>732</sup>. Por otro lado, posturas activistas, dónde el juez extrapola sus límites de actuación, decidiendo por medio de criterios no-jurídicos, sustituyendo el

---

<sup>731</sup> TARUFFO, Michele. "Jueces y política..." cit., pp. 13-14.

<sup>732</sup> GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patricia. *Los jueces y la política...* cit., p. 170.

derecho por sus convicciones personales,<sup>733</sup> puede caracterizar verdaderos activismos judiciales que, como ya hemos sostenido<sup>734</sup> colocan en jeque la legitimidad democrática de la jurisdicción, legitimidad entendida como la sujeción del juez a la ley.

Así, hay que tener límites en la actuación del juez, de manera a equilibrar la exigencia de su actuación delante de las transformaciones de los ordenamientos de los Estados, garantizando, asimismo, su legitimación.

TARUFFO reconoce que la simple sumisión a la ley es insuficiente hoy para justificar la legitimación del Poder Judicial, teniendo en cuenta todas las trasformaciones de la ley, que exigen cada vez más una actividad creativa del derecho<sup>735</sup>.

Aposta no solamente en la legitimación política, sino, principalmente, en la “implementación efectiva de las garantías de independencia y de imparcialidad de la magistratura”<sup>736</sup>.

A par de todo expuesto, la vinculación del juez a la ley sigue representando el núcleo central de la legitimación del Poder

---

<sup>733</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 5ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2014, p. 65.

<sup>734</sup> En el Capítulo III, cuando analizamos la creación judicial del Derecho.

<sup>735</sup> TARUFFO, Michele. “Leyendo a Ferrajoli...” cit., p. 390.

<sup>736</sup> TARUFFO, Michele. “Leyendo a Ferrajoli...” cit., p. 391. En el mismo sentido, COLMENERO GUERRA, José Antonio. “Ciudadanía y justicia...” cit., pp. 133-134.



Judicial<sup>737</sup>. Sin embargo, el postulado puede verse, algunas veces, mitigado, pues la realidad social puede ser diferente, y presentar exigencias a las que el derecho no es capaz de responder satisfactoriamente. En estos casos, en que la realidad social lo exige, surge la cuestión de cómo debe actuar el Estado para resolver los problemas sin transgredir el principio de la sumisión estricta a la ley.

En efecto, el planteamiento actual de la legitimidad del Poder Judicial en cuanto a su vinculación a la ley no puede ser el mismo que en el Estado Liberal. El Estado Social y Democrático de Derecho asumió nuevos fines, y para alcanzarlos es necesario un Poder Judicial que defienda efectivamente los derechos de los ciudadanos, a través de una actuación muchas veces creadora, delante de situaciones legales que necesitan de concreción.

Actualmente, ya es posible, a diferencia de lo que pasaba en el Estado Liberal, separar la legitimidad del poder de la legalidad de su ejercicio, reconduciendo la primera al plan constitucional, pues la legitimidad presupone conformidad a un parámetro previo de valores, identificado por la Constitución<sup>738</sup>.

---

<sup>737</sup> LÓPEZ GUERRA, Luis. “La legitimidad democrática...”, *cit.*, p. 50.

<sup>738</sup> NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. *Poder judicial...*, *cit.*, p. 79. Hace un interesante análisis de la evolución y de las diferencias de los términos “legalidad” y “legitimidad” AYUSO, Miguel. *De la ley a la ley: cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2001, pp. 15 y ss.

Por éste motivo<sup>739</sup>, se debe buscar otro ángulo para comprender el precepto del imperio de la ley, con nuevos fundamentos, diferente del modelo resultante de sus orígenes. Sólo así es posible lograr el equilibrio entre las nuevas exigencias sociales y el verdadero Estado de Derecho.

---

<sup>739</sup> Éste es sólo uno de los motivos tratados en el presente trabajo para que el principio legitimador de la vinculación de los poderes del Estado a la ley, especialmente del Poder Judicial, sufra una relectura, con el fin de poder ofrecer soluciones razonables a las exigencias sociales actuales.

## **PARTE III – LAS SOLUCIONES**

### **Capítulo VI**

#### **ALTERNATIVAS PARA LA LEGITIMACIÓN DEL PODER JUDICIAL EN LA APLICACIÓN JURISDICCIONAL DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS**

##### **1. Introducción**

En el presente capítulo lo que pretendemos es reunir las posibles soluciones encontradas en desarrollo de los demás capítulos para la problemática principal del estudio: la legitimación del Poder Judicial en la aplicación jurisdiccional de los conceptos jurídicos indeterminados.

De todas las aquí presentadas, es importante tener en cuenta que de manera ninguna la adopción de una alternativa descarta la utilización de otra, sino que lo que pasa es el contrario: todas las alternativas son complementarias, de manera que todas responden, cada una en una parcela, al dilema inicialmente planteado de la legitimación del Poder Judicial delante de los conceptos jurídicos indeterminados.

Así las cosas, en la secuencia, son presentadas las alternativas que fueran extraídas del presente estudio.

## 2. Vinculación del juzgador al Derecho

¿Estando frente a conceptos jurídicos indeterminados pela propia ley, como puede el juez estar a ella vinculado? La conclusión extraída del análisis de la cuestión fue la necesidad de encontrar medios más allá de la simple vinculación del juez a la letra de la ley que legitimen el Poder Judicial.

Por otro lado, la vinculación del juez a la ley continúa representando la principal justificación de la legitimación del Poder Judicial, no obstante no ser más suficiente en razón de tantas transformaciones habidas. Así, hay de existir otro fundamento que explique tal legitimación de la actividad judicial.

HASSEMER<sup>740</sup> entiende que el juez no está solamente vinculado a la ley, pero también al Derecho. De verdad que este fundamento es más abarcador que el de la simple vinculación a la ley, sin embargo, de ello nace otra cuestión de igual relieve: ¿qué es ese derecho al que el juez está subordinado?

De pronto, el citado autor ya excluye como respuesta a esta pregunta las normas de derecho natural<sup>741</sup>, porque estas no son aprehensibles, razón por la cual no tendría ningún sentido la vinculación del juez a ellas.

---

<sup>740</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, cit., pp. 247 y ss.

<sup>741</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, cit., p. 247.

La misma postura en relación con la doctrina científica, que no puede vincular el juez por el motivo de que no está legitimada constitucionalmente para crear Derecho o dar decisiones jurídicas<sup>742</sup>.

Tampoco es el Derecho al que el juez está subordinado la doctrina dominante, que más bien sirve para discutir o ayudarle en su decisión, pero en ningún caso de modo vinculante. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, de igual forma, no puede ser considerada como el Derecho a que está el juez vinculado, porque “no tiene la *bendición del legislador democrático que caracteriza a la ley*”<sup>743</sup>. Si un juez siéntese vinculado a una jurisprudencia de un tribunal superior, y sigue sus directrices, lo hace simplemente porque aquél tribunal superior, por vía de recurso, puede modificar su decisión. De este modo, “se produce una *formulación y estructuración de las opiniones jurídicas a través de la praxis*”<sup>744</sup>.

Así que, para HASSEMER, el problema propuesto carece de solución. En sus palabras, “no se podrá sacar una conclusión definitiva sobre la vinculación del juez al ‘derecho’”<sup>745</sup>. Pero explica que:

“(...) la vinculación del juez a la hora de tomar una decisión va mucho más allá de su relación con la ley. Entre las abstractas reglas de decisión legales y el concreto problema del caso que tiene que decidir, el juez encuentra una pluralidad de reglas normativas y normativizantes que, ciertamente, no tienen la

---

<sup>742</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, cit., p. 247.

<sup>743</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, cit., p. 247.

<sup>744</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, cit., p. 249.

<sup>745</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, cit., p. 248.

dignidad constitucional de la ley, pero que, sin embargo, le ‘vinculan’ ampliamente y con todas las consecuencias”<sup>746</sup>.

La ley, así, no es la fuente exclusiva de la decisión judicial. Entender la vinculación del juzgador al Derecho, y no simplemente a la ley, sería una forma de concebir la legitimación del Poder Judicial a partir del sistema de fuentes del Derecho.

No se puede negar que en el momento en que el juez concreta un concepto jurídico indeterminado, el juez recurre a criterios extrajurídicos, principios y juicios morales<sup>747</sup>.

Por lo tanto, la conexión entre moral y derecho es inevitable en estas situaciones, aunque no seamos partidarios de “decisionismos, tampoco de “convicciones personales” del juzgador a la hora de concretar e interpretar el concepto indeterminado en la ley.

Hasta mismo FERRAJOLI así lo admite, cuando reconoce, expresamente, que:“(…) tampoco tendría sentido negar que, en el ejercicio de la discrecionalidad interpretativa generada por la indeterminación del lenguaje legal, el intérprete es a menudo guiado por opciones de carácter moral”<sup>748</sup>.

---

<sup>746</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, cit., p. 248.

<sup>747</sup> PINO, Giorgio. “Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral: sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2011, traducción al castellano de MORENO CRUZ, Diego, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), fecha 25/04/2014, 22:20, p. 222.

<sup>748</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34, 2011, traducción

Todavía, estamos de acuerdo con HASSEMER, cuando afirma que la jurisprudencia no vincula al juez a la ley. Aún más cuando estamos hablando de conceptos jurídicos indeterminados.

Puede, sí, utilizar el precedente jurisprudencial como ejemplo, pero no estarse vinculado a él.

Podemos, en este punto, hacer un paralelo con la propuesta de DWORKIN, para la resolución de los casos difíciles, y ahí podrían ser incluidos los conceptos jurídicos indeterminados. El autor, que niega la creación judicial del Derecho, supone que el juez, al decidir, llevaría en cuenta las decisiones y prácticas de otros jueces, sin estar vinculado totalmente a los precedentes, decidiendo de forma coherente, de acuerdo con un conjunto de principios, y haciendo elecciones desde el punto de vista de la moralidad política<sup>749</sup>.

Sin embargo, como ya hemos analizado<sup>750</sup>, de entre todas las ventajas del crecimiento de la utilización de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados por el legislador está la de su perfecta adaptación al caso concreto, considerando especificidades del hecho en cuestión.

---

al castellano de GUZMÁN, Nicolás, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), fecha 25/04/2014, 22:20 p. 28.

<sup>749</sup> DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*, 2ª edición, Barcelona, Ed.Gedisa, 2012, traducción al castellano de FERRARI, Claudia, p. 185.

<sup>750</sup> En la Parte I del presente trabajo.

Es cierto que DWORKIN no propone total vinculación a las decisiones y prácticas del pasado. Con todo, su propuesta de considerar las decisiones y prácticas del pasado podría quitar de los conceptos indeterminados una de sus más notables características.

Las especificidades del hecho analizado pueden requerir una solución diversa de las decisiones anteriores que ya han sido proferidas y que tenían el mismo concepto jurídico indeterminado.

Además, no se puede negar que cuando un juez se encuentra con un concepto indeterminado por el propio legislador, su actividad es de concreción, es creadora de derecho. Pero esto es así porque la indeterminación fue dejada por el propio legislador, que transfirió al juez la tarea de decir el derecho al caso concreto en aquel supuesto.

Además, otra cuestión debe ser considerada. La vinculación al precedente no puede darse porque la independencia y la imparcialidad del juzgador pueden ser afectadas.

Entonces, entendemos que la jurisprudencia no tiene fuerza vinculante, pero puede ser utilizada por el juzgador, si fuera útil, para proferir su fallo, cuando hay que concretar una ley que presente un concepto indeterminado.

LAPORTA, en su visión actual del imperio de la ley, sostiene que es posible la creación del derecho por los jueces. Ello se daría cuando, delante de un caso difícil, el juzgador hay que buscar la



respuesta en algún lugar, y esta respuesta no está en ninguno de los arsenales de pauta de derecho preestablecido, entonces, “el juez se ve forzado, por la obligación de fallar, a ‘crear’ derecho *ex novo*”<sup>751</sup>.

Sin embargo, sugiere que, aunque no exista una respuesta *explícita* para el caso difícil, puede existir un *derecho implícito*. El autor formula esta teoría del derecho implícito para intentar huir de la conclusión de la creación judicial del derecho<sup>752</sup>.

La idea es que, aunque se carezca de solución jurídica explícita para un caso difícil, puede existir una implícita, que se obtiene extrayendo unas normas a partir de otras<sup>753</sup>.

Así, podrían ser extraídas las siguientes reglas del derecho implícito:

La primera serían las reglas implicadas formalmente en otras reglas explícitas, es decir, que fueran consecuencias deductivas de alguna o algunas reglas preestablecidas<sup>754</sup>

---

<sup>751</sup> LAPORTA, Francisco J. *El imperio de la ley: una visión actual*, Madrid, Ed. Trotta, 2007, pp. 211-212. Véase también, LAPORTA, Francisco J. “La creación judicial y el concepto de derecho implícito”, en *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 6, enero/2002, pp. 133-151.

<sup>752</sup> LAPORTA, Francisco J. *El imperio de la ley...cit.*, p. 212.

<sup>753</sup> LAPORTA, Francisco J. *El imperio de la ley...cit.*, p. 213.

<sup>754</sup> LAPORTA, Francisco J. “La creación judicial y el concepto...”, *cit.*, p. 140.

La segunda, podría llamarse derecho implícito a normas y reglas obtenidas argumentativamente a partir del derecho explícito mediante razonamientos aceptables, que, sin poseer la fuerza de la argumentación deductiva, hagan de ellas pautas que encajan o ajustan en normas de derecho explícito<sup>755</sup>.

Establecer estos criterios para tener parámetros del derecho implícito evita la conclusión de que el juez puede crear derecho *ex nihilo*. Así, la actividad argumentativa es basada en razones para llegarse a una conclusión normativa, es decir, obtener una pauta normativa nueva, pero coherente con el resto de las normas del material jurídico explícito<sup>756</sup>.

El autor se refiere a la jurisprudencia como origen del derecho implícito también. No sostiene su fuerza vinculante, sino que a la existencia de un derecho implícito en el cuerpo de las resoluciones judiciales. Sería, así, un soporte a los jueces, que podrían apelar a la práctica profesional y social de sus compañeros<sup>757</sup>.

Por lo tanto, el derecho implícito no puede ser una pieza totalmente extraña por entero al conjunto, “tiene que ser una pauta que encaje con coherencia en el sistema explícito, que tenga entre

---

<sup>755</sup> LAPORTA, Francisco J. *El imperio de la ley...cit.*, p. 213.

<sup>756</sup> LAPORTA, Francisco J. *El imperio de la ley...cit.*, p. 214.

<sup>757</sup> LAPORTA, Francisco J. *El imperio de la ley...cit.*, p. 217.

otros controles de calidad el de no ser contradictoria con alguna de las normas ya establecidas de antemano.”<sup>758</sup>

Sin embargo, mismo con la formulación de su teoría del derecho implícito, reconoce LAPORTA que hay casos que siquiera el derecho implícito puede suministrar la respuesta jurídica al caso. En estos casos, tan sumamente difíciles que se encuentra el juzgador, con situaciones carentes en absoluto de normas y principios aplicables<sup>759</sup>.

Ahora bien, la teoría del Derecho implícito intenta explicar la vinculación del juez al Derecho, más allá de la vinculación a la ley, especialmente en los casos difíciles, como en los conceptos jurídicos indeterminados. Son parámetros que ofrecen mecanismos para intentar justificar la legitimación del Poder Judicial en la vinculación del juez a la ley, en este caso, al Derecho. Con todo, aunque intente, LAPORTA no logra éxito integral en huir de la idea de que los jueces pueden, sí crear derecho. Y en estas hipótesis su legitimación tendría que ser buscada en otras soluciones.

No obstante, estas excepciones apuntadas por LAPORTA no excluyen la vinculación al Derecho como una de las alternativas para entenderse la legitimación del Poder Judicial, en la aplicación jurisdiccional de los conceptos jurídicos indeterminados.

---

<sup>758</sup> LAPORTA, Francisco J. *El imperio de la ley...cit.*, p. 217.

<sup>759</sup> LAPORTA, Francisco J. *El imperio de la ley...cit.*, p. 218.

### **3. El método ejemplificativo como modo de orientar el juez en la determinación del concepto indeterminado**

Otra alternativa sería la utilización por el legislador del método casuístico o ejemplificativo, en los casos en que se verifica esa posibilidad. Consiste en la utilización por el legislador, cuando de la elaboración de una ley que contiene un concepto jurídico indeterminado, uno o varios ejemplos de lo que puede venir a ser este concepto enunciado por la ley. Esta técnica consiste en que la descripción genérica, abstracta y valorativa del tipo o de uno de sus elementos, es complementada con ejemplos legislativos en que esa descripción típica se concreta<sup>760</sup>.

Evidentemente, como la propia nomenclatura dice – ejemplificativo - no se trata de agotar todas las situaciones posibles para el concepto carente de determinación en la casuística. Tal actitud modificaría la propia naturaleza del concepto jurídico indeterminado, quitando su principal característica, de adecuarse a cada caso concreto llevando en cuenta las circunstancias específicas.

A través del método casuístico o ejemplificativo se ofrece una herramienta a más al juzgador que, en el momento de determinar el concepto jurídico, ya tiene de antemano señalado, por lo menos, los rumbos que su concreción debe tomar.

---

<sup>760</sup> OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “Los elementos descriptivos como técnica legislativa: consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza”, en Revista de Derecho, vol XXII, n. 1, julio 2009, p. 177.

Conforme analizamos en el desarrollo del Capítulo I, especialmente cuando examinadas las clasificaciones de los conceptos jurídicos indeterminados, fue posible constatar que, en los casos en que el legislador se utiliza de algunas formas de conceptos jurídicos indeterminados, como las cláusulas generales, el método casuístico asume especial importancia. ENGISCH, partiendo del fundamento de que el método casuístico y la cláusula general (como la cláusula de buenas costumbres), aunque sean conceptos opuestos, pueden muchas veces complementarse<sup>761</sup>. Es, inclusive, recomendable la utilización del método ejemplificativo en estas hipótesis.

La necesidad de la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados y sus ventajas fueron ampliamente demostradas en los pasados capítulos. La flexibilidad del ordenamiento jurídico, muchas veces, permite el abarcamiento de situaciones que no serían posible con la utilización de conceptos cerrados, precisos. También es cierto que la norma formulada flexiblemente ofrece más riesgos que una norma formulada con precisión, es decir, hay la posibilidad del juzgador dar una dirección completamente diferente a la que el legislador deseaba darle. Sostiene HASSEMER que es justamente en éste punto que aparece el método ejemplificativo como solución al problema, una inteligente salida entre flexibilidad y precisión<sup>762</sup>.

---

<sup>761</sup> ENGISCH, Karl. *La idea de concreción...*, cit., p. 146.

<sup>762</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, cit., p. 318.

A través de la utilización del método ejemplificativo, se mantiene las ventajas de ambas formulaciones, tanto la flexible como la precisa, reduciendo, al mismo tiempo, sus inconvenientes. Con ello, son evitados los excesos de precisión y, por otro lado, también se evitan los defectos de la flexibilidad, ya que el juez tiene en los ejemplos una orientación que ayudará en la formulación de la decisión.

También LARENZ propone la utilización del método ejemplificativo para orientar la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados:

“Lo que quieren decir expresiones como ‘buena fe’, ‘equidad’ o ‘exigibilidad’, no puede, por cierto, indicarse exhaustivamente con la simple forma de una explicación de palabras o de una definición; pero sí puede ponerse en claro con ejemplos ‘ilustrativos’. El legislador que utiliza tales expresiones, tiene sin duda a la vista al respecto aquellos casos sobre cuyo enjuiciamiento existe un consenso general según la pauta indicada. La pauta contiene una idea general del Derecho, que insinúa una orientación a ciertos puntos de vista”<sup>763</sup>.

Así, la técnica de recurrirse a ejemplos típicos como método intermedio entre la casuística y los conceptos jurídicos indeterminados brinda con una mayor flexibilidad el ordenamiento jurídico, sin desabonar la seguridad jurídica<sup>764</sup>.

---

<sup>763</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 287.

<sup>764</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1999, traducción al castellano de VILLAR, Luis y MONTROYA, Ana María, p. 169-170.

Por tanto, el método ejemplificativo ofrece un equilibrio entre la formulación legal flexible y la precisa, facilitando la vinculación del juez a la ley, principal fundamento de la legitimación del Poder Judicial, delante de los conceptos jurídicos indeterminados.

#### **4. La propuesta de FERRAJOLI**

##### **A) Introducción**

Tras el análisis de las dos primeras propuestas para una relectura de la vinculación del juez a la ley, en cuanto fundamento de la legitimación del Poder Judicial, especialmente delante de los conceptos jurídicos indeterminados, se pasa al análisis de la propuesta de FERRAJOLI.

El autor italiano propone una nueva teoría del Derecho, basada en el sistema garantista. Conforme ya adelantamos en el Capítulo III de la Parte I del presente trabajo de tesis, estamos de acuerdo con parte de su teoría, sin embargo, rechazamos otra parte, como justificaremos en esta oportunidad, una vez más, y de manera a cerrar las ideas<sup>765</sup>.

---

<sup>765</sup> Es evidente que es examen completo de toda su teoría es inviable en el presente estudio. Así, serán trazadas las líneas principales, dando mayor énfasis a los puntos que dicen respecto a la legitimación del Poder Judicial y a los conceptos jurídicos indeterminados.

FERRAJOLI propone el establecimiento de un nuevo sistema, el sistema garantista<sup>766</sup>, y es a partir de él que desarrolla su teoría del constitucionalismo, que denomina de constitucionalismo garantista.

Es importante definir que el espacio dónde se desarrolla el garantismo es en el Estado Constitucional de Derecho. El autor italiano empieza su estudio partiendo de la diferenciación que hace entre Estado legislativo de Derecho y Estado Constitucional de Derecho. Los Estados legislativos de derecho son llamados también de paleo-iuspositivistas, y surgen con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica; por otro lado, los Estados Constitucionales de Derecho son denominados modelos neo-iuspositivistas, producto de la difusión en Europa, tras la segunda

---

<sup>766</sup> El garantismo constituye una completa filosofía del Derecho que incluye tesis metodológicas, conceptuales y axiológicas sugeridas por otras filosofías, sin embargo, añadiendo rasgos específicos. Aunque su teoría del garantismo tuvo su origen en el ámbito de Derecho penal, y coincide con la publicación de su obra *Derecho y Razón*, más tarde, fue desarrollada como una teoría de todo el derecho, con ámbitos de incidencia más allá del Derecho penal. Es lo que se verifica en obra *Principia iuris, teoría del derecho y de la democracia*. Véase: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 4ª edición, Madrid, Ed. Trotta, 2000, traducción al castellano por PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ y otros y FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, traducción al castellano de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, BAYÓN, Carlos, GASCÓN, Marina, PRIETO SANCHÍS, Luis y RUIZ MIGUEL, Alfonso, vols. 1,2 y 3.



guerra mundial, de las constituciones rígidas y del control, de constitucionalidad de las leyes ordinarias<sup>767</sup>.

En su propuesta, la vinculación del juez a la ley es tomada a partir de un ángulo diferente, teniendo en cuenta las transformaciones

---

<sup>767</sup>FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del estado de derecho”, en *Revista internacional de filosofía política*, n. 17, 2001, p. 31. El mismo artículo ha sido publicado, posteriormente en el libro coetánea de artículos sobre el tema “neoconstitucionalismo, bajo la Edición de Miguel CARBONELL: FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del estado de derecho”, en CARBONELL, Miguel (Ed). *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid. Ed. Trotta - UNAM, 2009, traducción al castellano de ALLEGUE, Pilar, pp. 13-29. En su obra *Principia Iuris*, el autor explica también la diferencia entre los dos modelos de Estado que propone: “En la experiencia de la Europa continental el estado de derecho en sentido lato o débil ha asumido las formas de lo que llamaré ‘estado legislativo de derecho’, fruto de la que podemos considerar la primera revolución jurídica moderna: la afirmación del monopolio estatal de la producción legislativa, expresado por las *codificaciones*, y la consiguiente *legitimación formal* de la eficacia de los actos preceptivos, cualesquiera que sean los efectos producidos, en función (*solamente*) de la *forma* legal de las normas que los prevén. El estado de derecho en sentido estricto o fuerte se ha afirmado en cambio como ‘estado constitucional de derecho’ gracias a la que podemos considerar la segunda revolución jurídica moderna: la sujeción de toda la producción del derecho a principios normativos, como los derechos fundamentales y el resto de principios axiológicos sancionados por *constituciones* rígidas, y la consiguiente *legitimación sustancial* de la eficacia de todos los actos de poder, incluidos los legislativos, en función (también), de los contenidos o significados que expresan.” en FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, traducción al castellano de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, BAYÓN, Carlos, GASCÓN, Marina, PRIETO SANCHÍS, Luis y RUIZ MIGUEL, Alfonso, vol. 1, pp. 461-462.

del Estado y, consecuentemente, los nuevos compromisos asumidos por el Poder Judicial.

## **B) La actual crisis del Derecho**

No es raro encontrar en la doctrina el apunte de una actual crisis del Derecho<sup>768</sup>.

De acuerdo con este autor, hay una verdadera crisis del principio de legalidad, formada por una triple crisis del derecho - de la legalidad, del Estado social y del Estado nacional <sup>769</sup> -, la cual, por su vez, puede traducirse en el riesgo de una crisis de la democracia.

---

<sup>768</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, cit., pp. 15-35.

<sup>769</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, cit., p. 17. Este autor explica cada uno de esos tres aspectos. La crisis de la legalidad corresponde a una crisis "...del valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos. Se expresa en la ausencia o en la ineficacia de los controles, y, por tanto, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder..."(p. 15). La crisis del Estado Social es caracterizada por la "...contradicción entre el paradigma clásico del Estado de derecho, que consiste en un conjunto de límites y prohibiciones impuestos a los poderes públicos de forma cierta, general y abstracta, para la tutela de los derechos de libertad de los ciudadanos, y el Estado social, que, por el contrario, demanda a los propios poderes la satisfacción de derechos sociales mediante prestaciones positivas, no siempre predeterminables de manera general y abstracta y, por tanto, eminentemente discrecionales, contingentes, sustraídas a los principios de certeza y estricta legalidad y confiadas a la intermediación burocrática y partidista. Tal crisis se manifiesta en la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-acto, el proceso de descodificación y desarrollo de una legislación fragmentaria..."(p. 16). Finalmente,

Entonces, apunta éste autor una relectura que innova la propia estructura de la legalidad y se constituye como la conquista más importante del derecho contemporáneo. Es la “regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos”<sup>770</sup>. Es decir, hay un verdadero cambio en la legalidad formal en el Estado Constitucional de Derecho, ahora condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales, sino también sustanciales. Este es el llamado “sistema garantista” propuesto por FERRAJOLI<sup>771</sup>:

“Gracias a él, el derecho contemporáneo no programa solamente sus *formas* de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones. Programa además sus *contenidos* sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica”.

Sin embargo, para que sea posible la efectividad del sistema garantista propuesto, hay que tener en cuenta que cambios tienen que ocurrir en cuatro planos del modelo positivista básico<sup>772</sup>: en el de

---

la crisis del Estado nacional se manifiesta “...en el cambio de los lugares de soberanía, en la alteración de los sistemas de fuentes y, por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo.”(p. 16).

<sup>770</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, cit., p. 19.

<sup>771</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, cit., p. 20.

<sup>772</sup> Cambios también propuestos por FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, cit., p. 20. El autor desarrolla posteriormente su teoría de la democracia sustancial en el *Principia Iuris*. FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, traducción al castellano de ANDRÉS

la teoría del derecho, a través de una revisión de la teoría de la validez, con la disociación entre validez y vigencia; en el plano de la teoría política, con el reconocimiento de una democracia sustancial; en el plano de la teoría de la interpretación y aplicación de la ley, a través de una redefinición de la función del juez, revisando las formas y condiciones de su sumisión a la ley; y, finalmente, en el plano de la metateoría del derecho, atribuyendo a la ciencia jurídica una función crítica y proyectiva en relación con su objeto, y no solamente descriptiva como propone el modelo positivista clásico.

De entre todos los cambios apuntados por FERRAJOLI que deben ocurrir para la implementación y efectividad de su modelo garantista, especial relieve para el presente estudio posee la relectura en el plano de la interpretación y aplicación de la ley. Y es justamente ese el próximo tema a ser tratado.

### **C) Legitimación democrática de la independencia del juez**

Conforme ya observamos anteriormente, en virtud de los variados cambios ocurridos en la sociedad, en los ordenamientos jurídicos y en el Poder Judicial, la mera sujeción del juez a la letra de la ley no ofrece más las respuestas para la legitimación del Poder Judicial. Así que es necesario encontrar otro ángulo para entenderse la vinculación del juez a la ley, con la finalidad de legitimar su ejercicio.

---

IBÁÑEZ, Perfecto, BAYÓN, Carlos, GASCÓN, Marina, PRIETO SANCHÍS, Luis y RUIZ MIGUEL, Alfonso, vol. 2, 952 pp.

La solución que se muestra es justamente la propuesta por FERRAJOLI, cual sea, la institución de un sistema garantista en el cual el papel del juez es redefinido, bien como las condiciones y formas de su sujeción a la ley<sup>773</sup>.

La jurisdicción hoy asume la función de garantía del ciudadano frente a los poderes públicos. Entonces, el juez “boca de la ley” no es el juez que requiere un sistema garantista, porque de este no se espera otra cosa sino la aplicación de lo que dice la norma, sin perquirir su “validez”, o sea, su adecuación con la Constitución<sup>774</sup>.

De acuerdo con el autor, para la efectividad de un sistema garantista, son necesarios varios cambios en el modelo positivista clásico. Así que, en el plano de la teoría del derecho, hay de haber la distinción entre validez y vigencia. Al contrario de lo que afirmaba KELSEN, no poseen el mismo significado. La validez no se identifica con la vigencia o existencia formal de la norma, es más allá de eso; validez tiene que ver con el significado, con el contenido de la norma, y su coherencia con las normas sustanciales sobre su producción. Tal dimensión sustancial alcanza la propia democracia, y es en este punto que FERRAJOLI identifica el cambio que debe haber en la teoría política, a través del reconocimiento de una democracia sustancial allá de la formal<sup>775</sup>.

---

<sup>773</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, cit., pp. 15-35.

<sup>774</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, cit., pp. 20-22.

<sup>775</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, cit., P. 23.

“la dimensión formal de la ‘democracia política’, que hace referencia al *quien* y al *cómo* de las decisiones y que se haya garantizada por las normas formales que disciplinan las *formas* de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de la mayoría; y la dimensión material de la que bien puede llamarse ‘democracia sustancial’, puesto que se refiere al *qué* es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizado por las normas sustanciales que regulan la *sustancia* o el *significado* de las mismas decisiones, vinculándolas, so pena de invalidez, al respecto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos por aquélla.”

Así que, la sujeción del juez a la ley no debe ser entendida como sujeción a la letra de la ley; para que haya su legitimación democrática, es exigida la “... sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución”<sup>776</sup>. Para tanto, el juez debe ser un verdadero crítico de las leyes, y desarrollar una actividad interpretativa de elección, o sea, elegir cuales son los significados coherentes con la Constitución. También, cuando encuéntrese con leyes inválidas - que no están de acuerdo con la Constitución -, se impone que haga la denuncia de estas inconstitucionalidades<sup>777</sup>.

Se tiene, por lo tanto, que el juez garantista es aquél sujeto a la Constitución y no sólo a la letra de la ley. Asume el papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. De

---

<sup>776</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, cit., p. 26. También proponiendo los mismos fundamentos para la legitimación democrática del juez BELLOSCO MARTÍN, Nuria. *El control democrático del poder judicial en España*, Curitiba, Ed. Moinho do Verbo, 1999, pp. 52-59.

<sup>777</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, cit., p. 26.

verdad que es una relectura de la sumisión del juez a la ley, a través de la cual es posible, entonces, explicar la legitimación del Poder Judicial.

El fundamento de la legitimación de la jurisdicción y de la propia independencia del poder judicial es, hoy, justamente esta sujeción del juez a la Constitución<sup>778</sup>.

NAVAS SÁNCHEZ sostiene que, en la interpretación judicial, es evidente que el juez está sujeto a límites: el primer y principal límite es la Constitución, pues toda interpretación judicial ha de ser conforme con la norma constitucional; el límite siguiente es la ley y el sistema de fuentes<sup>779</sup>.

MONTERO AROCA<sup>780</sup>, de la misma forma, sustenta que la sumisión del juez exclusivamente a la ley debe ser concebida en sentido amplio, de manera que, por ley, se entiende la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Allá de eso, la sumisión no es a cualquier ley, sino que únicamente a la ley constitucional. En esta línea, el citado autor propone que, para que haya esa sumisión a la ley constitucional, debe existir un cierto control de constitucionalidad ejercido por el juez cuando de la aplicación de la ley. Reconoce, por otro lado, la imposibilidad de declaración de inconstitucionalidad por los tribunales ordinarios de leyes posteriores a la Constitución, pero apunta la posibilidad/deber de examen de oficio de la

---

<sup>778</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, cit., p. 26.

<sup>779</sup> NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. *Poder judicial...*, cit., pp. 85-86.

<sup>780</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Independencia...*, cit., p. 119.

constitucionalidad de la ley, y así, el planteamiento de la cuestión, también independiente de provocación de las partes, ante el Tribunal Constitucional<sup>781</sup>.

Esa nueva manera de entender el positivismo, a través de la cual la sumisión del juez a la ley debe ser concebida hoy como la sumisión a la ley válida, es decir, coherente con la constitución es, innegablemente, una profunda relectura del positivismo. Indudablemente es una alternativa a la legitimación del Poder Judicial delante de los conceptos jurídicos indeterminados; la Constitución, el ordenamiento jurídico y el sistema de fuentes sirven, así, como parámetro para orientar y al mismo tiempo limitar la labor judicial.

En este punto, por lo tanto, estamos de acuerdo con FERRAJOLI y creemos que su teoría de la vinculación a la ley válida, y de la legitimación democrática de la independencia del juez es una de las alternativas la legitimación del Poder Judicial en la aplicación jurisdiccional de los conceptos jurídicos indeterminados.

Sin embargo, es importante que se quede claro que esta es una interpretación nuestra de la teoría de FERRAJOLI, ya que el autor italiano sigue su teoría y propone otra solución para los conceptos jurídicos indeterminados, de la cual no compartimos.

Sin embargo, puede que existan hipótesis en que, aunque la ley sea válida, es decir, coherente con la Constitución, sea posible

---

<sup>781</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Independencia...*, cit., p. 119-120.



perquirir respecto de su justicia, en la aplicación al caso concreto. Y esa situación puede ser verificada si se trata de la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados.

Por otro lado, se supone que la Constitución de un Estado Social y Democrático de Derecho sea una verdadera carta de derechos del ciudadano, norteadada por los fundamentos de ese modelo de Estado, lo que supone que, de esta manera, no prevea injusticias.

Pero la sociedad actual experimenta diariamente situaciones inéditas, dada la notable velocidad de la evolución tecnológica y científica, y eso puede llevar a perquirir respecto de la Constitución envejecer, tornándose, en algunos puntos, injusta.

No obstante, ciertamente esas supuestas injusticias no se refieren al contenido nuclear de derechos y garantías previstos por la Constitución, resultado de años de lucha. Además, hay procedimientos propios para corregirse el envejecimiento del texto Constitucional.

Y ésta es la fórmula que asegura el valor seguridad jurídica, tan apreciado y necesario en el Estado Social y Democrático de Derecho.

## D) El constitucionalismo garantista de FERRAJOLI

Como ya hemos afirmado, su artículo “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”<sup>782</sup> ha tenido una gran repercusión en el mundo jurídico. En él, examina el constitucionalismo bajo el enfoque garantista. Su constitucionalismo garantista está, así, caracterizado por:

“una normatividad fuerte, de tipo regulativo, es decir, por la tesis de que la mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías.”<sup>783</sup>

El constitucionalismo garantista representa un “reforzamiento del positivismo jurídico”, es decir, la producción normativa está sometida a normas de derecho positivo no sólo formales, sino también sustanciales. La consecuencia es que el Derecho ahora no sólo regula las formas, sino los contenidos, a través de los límites impuestos por el paradigma constitucional<sup>784</sup>.

---

<sup>782</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34, 2011, traducción al castellano de GUZMÁN, Nicolás, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), fecha 25/04/2014, 22:20, pp. 15-53.

<sup>783</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 21.

<sup>784</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 24.

Se concibe como un nuevo paradigma iuspositivista del Derecho y de la democracia y se diferencia del constitucionalismo principalista por rechazar los tres elementos que le caracterizan:

- “a) la conexión entre Derecho y moral;
- b) la contraposición entre principios y reglas y la centralidad asignada a su distinción cualitativa;
- c) el rol de la ponderación, en oposición a la subsunción, en la práctica jurisprudencial.<sup>785</sup>”

### **E) Los conceptos jurídicos indeterminados en la teoría de FERRAJOLI**

La creación judicial del derecho es condenada por la teoría de FERRAJOLI; sin embargo, reconoce que hay espacios de discrecionalidad de la jurisdicción que son innegables, defendiendo que estos espacios pueden ser reducidos, pero no suprimidos <sup>786</sup>.

Como ya analizamos en el Capítulo III, la ponderación es combatida también, pues, a través de ella, acaban los jueces creando normas. El peligro está en que: por un lado, se temen verdaderos activismos judiciales; por otro, y en consecuencia de ello, se afecta la separación de poderes, debilitando la sujeción de los jueces a la ley, lo que influye en la propia legitimación del Poder Judicial<sup>787</sup>.

---

<sup>785</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principalista...” cit., p. 28. Ya hemos analizado con más detenimiento las características del constitucionalismo garantista en el Capítulo III.

<sup>786</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principalista...” cit., pp. 44-45.

<sup>787</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principalista...” cit., p. 43.

La fórmula de FERRAJOLI requiere un Poder Judicial lo más limitado posible, donde se pueda constatar su vinculación a la ley y a la Constitución. De esta forma, no pueden crear normas, tampoco ignorarlas; un comportamiento así acarrearía la invasión en la esfera política de la legislación. Estarán, sí, legitimados a censurar la invalidez de las normas cuando contrarias a la Constitución<sup>788</sup>.

En esta línea, explica de la siguiente manera la legitimidad de la jurisdicción<sup>789</sup>:

“la legitimidad de la jurisdicción se funda, a mi parecer, en el carácter lo más cognoscitivo posible de la subsunción y de la aplicación de la ley, dependiente a su vez, mucho más que de su formulación como regla, del grado de taxatividad y de determinación del lenguaje legal; mientras la indeterminación normativa, y la consiguiente discrecionalidad judicial, son siempre un factor de deslegitimación de la actividad del juez.”

Por lo tanto, la conclusión que llega el autor italiano en lo que dice respecto a los conceptos jurídicos indeterminados: la eliminación, siempre que posible, de las indeterminaciones de la legislación.

Los conceptos jurídicos indeterminados serían, para FERRAJOLI, verdaderos vicios jurídicos, que comprometen la sujeción del juez a la ley y, por ende, el mantenimiento del propio Estado de Derecho. Por ello, propone que la solución está en la

---

<sup>788</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 50.

<sup>789</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 50.

elaboración de la ley, de manera a evitarse que existan leyes que presenten oscuridad, vaguedad o indeterminaciones:

“(…) debemos darnos cuenta de que la oscuridad, la vaguedad y la indeterminación del lenguaje legal, aun cuando en alguna medida ineliminables, no son simples defectos de la legislación. Son un vicio jurídico de ésta, porque violan los principios de la separación de los poderes y de la sujeción de los jueces a la ley, y, por ello, comprometen el mantenimiento del edificio del Estado de Derecho en su totalidad. Por eso, la ciencia jurídica debería hoy retomar el programa ilustrado de Gaetano FILANGIERI y de Jeremy BENTHAM de una ‘ciencia de la legislación’, integrándolo con el programa de una ‘ciencia de la constitución’, como la llamó Giandomenico ROMAGNOSI. Pasada la época de las primeras constituciones, que se caracterizaban inevitablemente por un lenguaje declamatorio, nada impide el desarrollo de una técnica de formulación de las normas legislativas y constitucionales —de las reglas y de los principios, como así también de sus límites y de los límites a sus límites, a su vez enunciados explícitamente— en un lenguaje lo más simple, claro y preciso posible”<sup>790</sup>.

La propuesta de FERRAJOLI para los conceptos jurídicos indeterminados sería apostar en la Ciencia de la Legislación, integrándola con el programa de una Ciencia de la Constitución, que resulte en un ordenamiento con un lenguaje lo más simple, claro y preciso posible<sup>791</sup>.

Llega a la conclusión que la indeterminación del lenguaje legal, juntamente con la oscuridad y la vaguedad, aun cuando ineliminables, es siempre un defecto de la legislación, un vicio jurídico, “porque violan los principios de la separación de los poderes

---

<sup>790</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 52.

<sup>791</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 52.

y de la sujeción de los jueces a la ley, y, por ello, comprometen el mantenimiento del edificio del Estado de Derecho en su totalidad.<sup>792</sup>”

Pero, la pregunta que hay que hacerse es: ¿Sería el estudio de las técnicas de tipificación, y de las teorías de la Legislación la verdadera respuesta para tantos problemas advenidos por la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados por el legislador?

**F) La inadecuación de la propuesta de FERRAJOLI de la retomada de la Ciencia de la Legislación como solución al problema de los conceptos jurídicos indeterminados**

En su teoría, la solución dada por FERRAJOLI es lógica. Si supone que los conceptos jurídicos indeterminados representan vicios del ordenamiento jurídico, hay que proponer medios de eliminarlos.

Y su idea consiste en apostar en la retomada de la Ciencia de la Legislación, integrándola con el programa de una Ciencia de la Constitución, como si la presencia en la ley de los conceptos jurídicos indeterminados fuese un error.

---

<sup>792</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 51.

ZAPATERO GÓMEZ afirma que ayudar a que se dicten normas que sean necesarias a obtener leyes más claras, eficientes y eficaces es una de las aportaciones de la ciencia de la legislación<sup>793</sup>.

Es cierto que la retomada a la Ciencia de la Legislación hasta podría resultar en leyes con un lenguaje más simple, claro y preciso. Un lenguaje que no sea oscuro ni ambiguo y que ofrezca precisión, supondrá una contribución para hacer posible el acto de comunicación que presupone el éxito en la racionalidad lingüística<sup>794</sup>.

Por otro lado, de la manera como lo plantea FERRAJOLI, lleva a creer que es un error la opción del legislador por esta técnica de los conceptos indeterminados cuando, en realidad, no lo es.

Hay que tenerse en cuenta que, ni siempre es del interés del legislador la eliminación total de conceptos indeterminados. Ha hecho la elección porque entiende ser la mejor forma para la elaboración de la ley.

No es por desconocimiento de los métodos que opta por la utilización de ese instrumento de la técnica normativa. El legislador deja, voluntariamente, al juez, el concepto indeterminado, por todas las ventajas que presenta. Otras veces, no hay otra manera de

---

<sup>793</sup> ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. "De la jurisprudencia a la legislación", en *Revista Doxa*, n. 15-16, 1994, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com>, fecha 25/04/2014, 21:03, 779.

<sup>794</sup> ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. *El arte de legislar*, Pamplona, Aranzadi, 2009, p. 256.

regularse el supuesto de hecho y ha tenido que utilizar la técnica, pero consciente de sus características

Así, una pregunta debe ser hecha: ¿sería la eliminación o la reducción de los conceptos jurídicos indeterminados la mejor alternativa?

Es sabido que existen los inconvenientes y problemas que pueden ser causados por su utilización, como, incluso, ya examinamos en los tópicos pasados. Pero, siquiera estos trastornos son capaces de justificar la existencia de un ordenamiento jurídico sin conceptos indeterminados. El propio FERRAJOLI lo admite ello, cuando sostiene que existe sí oscuridad, vaguedad e indeterminación del lenguaje legal que son, “en alguna medida ineliminables”<sup>795</sup>.

La extinción de conceptos jurídicos indeterminados por el legislador ciertamente pondría un punto final en muchas discusiones que se traban en torno de ello. Pero hay que evaluarse si realmente esta sería la mejor alternativa.

Ello porque su eliminación de los ordenamientos jurídicos traería incontables perjuicios, tomándose en cuenta todas las ventajas que la utilización del concepto carente de determinación aporta.

---

<sup>795</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 51.



Además, GREPPI, haciendo un análisis crítico de la propuesta de FERRAJOLI, concluye que, retomar los programas de la ciencia de la Legislación, para la formulación de normas legislativas y constitucionales en un lenguaje más claro, simple y preciso, tampoco sería la solución, porque las complicaciones e inconvenientes no aparecen solamente en razón de la falta de claridad, precisión, rigor o porque el lenguaje esté mal formado. El problema surge en el momento de determinar su correspondencia con la realidad; y esta realidad no es compuesta solamente de objetos que puedan ser identificados, es decir, “el Derecho trata de objetos (...) que están hechos de una materia que está en permanente transformación.”<sup>796</sup>

Continúa GREPPI afirmando que el otro motivo que desabona la tesis de FERRAJOLI es que, en algunos casos, el problema no está en la incertidumbre del término, o en el hecho de que una norma haya dejado de ser clara; el problema está en la incompatibilidad entre la percepción que se tiene de las cosas y su caracterización en la lengua del Derecho<sup>797</sup>.

Ahora bien, simplemente admitir que los conceptos indeterminados existen y no pueden ser eliminados totalmente, y que la indeterminación del lenguaje legal y la consiguiente

---

<sup>796</sup> GREPPI, Andrea. “Semántica, pragmática y democracia”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N. 34, 2011, disponible en <http://cervantesvirtual.com>, fecha 02/02/2014, 08:01, p. 147.

<sup>797</sup> GREPPI, Andrea. “Semántica, pragmática... cit.”, p. 149.

discrecionalidad son siempre un factor de deslegitimación de la actividad del juez, no es encontrar la solución para el problema<sup>798</sup>.

Por todas las ventajas y beneficios que hemos señalados que la figura legal indeterminada puede traer para el ordenamiento jurídico, seguramente su eliminación de los ordenamientos no nos parece ser la mejor alternativa.

La presencia de conceptos jurídicos indeterminados en los ordenamientos jurídicos contemporáneos es una realidad. Son consecuencia de tantas transformaciones del Estado contemporáneo, y su extirpación es prácticamente impensable, ya que seguramente es impedir que muchas de las conquistas advenidas juntamente con este nuevo Estado se queden inertes, por cuenta de una legislación que no es capaz de prever situaciones y reglar conductas necesarias en este Estado.

Entonces, aunque la Teoría de FERRAJOLI sea loable en muchos aspectos, notablemente en lo que dice respecto a la legitimación democrática de la independencia del juez, en este aspecto, para el problema planteado en el presente trabajo, no se puede admitir que la solución encontrada por él sea simplemente que no se legisle más por conceptos jurídicos indeterminados.

### **G) La necesidad de la existencia de los conceptos jurídicos indeterminados en los ordenamientos jurídicos**

---

<sup>798</sup> FERRAJOLI, Luigi, "Constitucionalismo principialista..." cit., p. 50.

Defendemos la inadecuación de retomada a la Teoría de la Legislación para la resolución del problema de la legitimación del Poder Judicial delante de los conceptos jurídicos indeterminados.

Así, somos favorables a su existencia, por todas las ventajas que ofrece, y porque los conceptos jurídicos indeterminados representan una de las herramientas que posibilita al Estado llevar a cabo los nuevos fines que asumió.

Hay que tener en cuenta que un ordenamiento jurídico sin cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados es cerrado e inflexible, no adaptable a posibles cambios que pueden advenir. Ello puede representar un riesgo para el Estado de Derecho, que dejaría el Poder Judicial, que actualmente ha asumido tantas funciones transformadoras (dentro de ciertos límites, por obvio), de manos atadas.

Pero, para esta situación, ya alerta GARCÍA SALGADO que la valoración que en cada momento merezcan las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados está condicionada por el grado de reticencia y desconfianza que exista respecto de los poderes que las van a utilizar como instrumentos<sup>799</sup>. Eso ha sido así desde la época de las revoluciones, con los institutos del *référé législatif* y del *judicial review*.

---

<sup>799</sup> GARCÍA SALGADO, María José. "Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean" en *Anuario de filosofía del derecho*, disponible en <http://dialnet.unirioja.es> al 24/04/2014 n. 20, 2003, p. 125.

Es cierto que el mal uso de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados en un Estado de Derecho puede llevar a un efecto justamente al contrario. Y ahí reconocemos los recelos de FERRAJOLI delante de las figuras indeterminadas. Antes de la abolición de los conceptos indeterminados, el nacionalsocialismo se utilizó justamente de las cláusulas generales y de los conceptos jurídicos indeterminados, entre otros medios, para subvertir el ordenamiento jurídico con sus principios racistas y autoritarios<sup>800</sup>,

El nacionalsocialismo no solo usó, sino abusó de las cláusulas generales y de los conceptos jurídicos indeterminados para modificar las normas sin alterar los textos normativos. En la época, Carl SCHMITT, considerado “un jurista sospechoso de simpatías con el régimen”, hizo críticas a las figuras indeterminadas<sup>801</sup>:

“en Alemania se puede ver hoy del modo más claro en qué medida ha llegado a su fin el tiempo del positivismo jurídico. En todas partes y en todos los campos de la vida jurídica penetran las llamadas “cláusulas generales” en detrimento de la seguridad positivista: conceptos indeterminados de todo tipo, reenvíos a medidas y conceptos extralegales como buenas costumbres, lealtad y buena fe, exigibilidad y no exigibilidad, razón suficiente, etc., que suponen una renuncia al fundamento del positivismo, a saber, la decisión

---

<sup>800</sup> Fue Rüthers quien estudió con profundidad este cambio de sentido del Ordenamiento de Alemania en un libro cuyo título puede ser traducido como “La interpretación sin límites”, citado por MIQUEL GONZÁLEZ, Jose María. “Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho” en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid: la vinculación del juez a la ley*, nº 1, 1997, p. 297-326.

<sup>801</sup> Citado por GARCÍA SALGADO, María José. “Determinar lo indeterminado...” cit., p. 118.

legal, a la vez contenida y desvinculada de la norma. En el momento en que conceptos como "lealtad y buena fe", "buenas costumbres", etc., se aplican no a una sociedad civil de tráfico individualista, sino al interés de la totalidad del pueblo, cambia de hecho todo el derecho sin que sea preciso que cambie una sola ley. Yo estoy, por tanto, convencido de que con esas cláusulas generales puede introducirse un nuevo modo de pensamiento jurídico."

Así, en la experiencia alemana, el uso de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados permitió el cambio del ordenamiento y su conversión en algo sustancialmente diverso, sin modificar las leyes, desde el punto de vista de un Estado de Derecho. Pero, apenas consolidada la organización nacionalsocialista, los instrumentos que entonces sirvieron para instaurarlo, ahora ya no eran más permitidos<sup>802</sup>.

Hoy, por otro lado, tenemos el Constitucionalismo instituido, con todos los fundamentos del Estado Social de Derecho, que imposibilitan la conversión de su sustancia y esencia. Además, la propuesta de FERRAJOLI de la legitimación democrática de la independencia del juez, que subordina el juzgador a la ley válida, es decir, coherente con la constitución (y solamente a la coherente a la constitución), es un bloqueo para tentativas de alteración del modelo de Estado.

Creemos que este recelo no existe en los Estados contemporáneos. Por ello, tenemos que analizar la cuestión bajo el

---

<sup>802</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, Jose María. "Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid: la vinculación del juez a la ley*, nº 1, 1997, p. 299.

prisma de los beneficios y ventajas de los conceptos jurídicos indeterminados. Además, tenemos que considerar que “al ir consolidándose las libertades de los ciudadanos, va desapareciendo el temor a que viejas prácticas propias del absolutismo puedan colarse de nuevo en el sistema utilizando los conceptos vagos o las cláusulas generales como puerta de entrada.”<sup>803</sup>

#### **H) El razonamiento moral en la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados**

Entonces, admitiendo que su existencia es legítima, ahora cabría encontrar medios para legitimarla. Respecto de la conexión entre moral y derecho, entendemos que acierta FERRAJOLI al reconocer, expresamente:“(...) tampoco tendría sentido negar que, en el ejercicio de la discrecionalidad interpretativa generada por la indeterminación del lenguaje legal, el intérprete es a menudo guiado por opciones de carácter moral”<sup>804</sup>.

Aunque no seamos partidarios de “decisionismos”, tampoco de “convicciones personales”, es inevitable admitir que, en algunos casos hay una relación necesaria entre Derecho y Moral y, en el ámbito de la interpretación del Derecho, es forzoso consentir que, en la concreción de conceptos jurídicos indeterminados, la solución del problema requiere que el juez recurra a juicios morales<sup>805</sup>.

---

<sup>803</sup> GARCÍA SALGADO, María José. “Determinar lo indeterminado...” cit., p. 126.

<sup>804</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...” cit., p. 28.

<sup>805</sup> PINO, Giorgio. “Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral: sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía*

Así, estamos de acuerdo con la tesis de que, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, es necesaria la fusión entre el razonamiento jurídico y el razonamiento moral

No hablamos de los modelos que podrían poner en riesgo los fundamentos del Estado de Derecho, permitiéndose instalar una verdadera dictadura del Poder Judicial. Este escenario es perfectamente visible si se admite un activismo judicial exacerbado, sin límites, donde las convicciones personales del juzgador y la arbitrariedad estarían por encima de la ley, fuente de la legitimación democrática.

FERRAJOLI, aunque admita la existencia de estos juicios morales necesarios en los casos de conceptos jurídicos indeterminados, por ejemplo, propone la extirpación de las figuras indeterminadas del ordenamiento jurídico.

Por ello, creemos que la tesis de FERRAJOLI es insuficiente en este sentido pues: propone la eliminación de los conceptos jurídicos indeterminados; con todo, en aquellos que son ineliminables, incidirá la discrecionalidad del juzgador, degenerando, así, el Poder Judicial en lo que denomina del ilegítimo “poder de disposición”<sup>806</sup>.

---

*del Derecho*, 34, 2011, traducción al castellano de MORENO CRUZ, Diego, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), fecha 25/04/2014, 22:20, p. 222.

<sup>806</sup> El poder de disposición es tratado por FERRAJOLI en su obra *Derecho y razón*, donde lo cualifica como un poder carente de legitimación cunado, en total defecto de estricta legalidad, se convierte en arbitrariedad, en FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...* cit., pp. 166 y ss.

Así, lo que falta en la teoría de FERRAJOLI es el desarrollo de la teoría en lo que dice respecto a la interpretación.

ATIENZA ya ha reconocido la carencia de su teoría en el área de la interpretación:

“FERRAJOLI, al considerar el Derecho esencialmente como un conjunto de normas, de reglas, tiende a pensar que en la aplicación del Derecho lo que existe es algo así como subsunción y discrecionalidad, al tiempo que es notablemente escéptico a propósito de la ponderación. O, dicho de manera quizás más matizada, dado que, en su opinión, no hay una diferencia cualitativa entre reglas y principios, no puede haber tampoco una diferencia relevante en cuanto a su utilización para resolver problemas prácticos. El resultado es una teoría poco desarrollada de la interpretación y de la argumentación jurídicas y una carencia de instrumentos teóricos con los que poder dar cuenta de un aspecto importante de nuestra práctica jurídica: la que concierne a los casos difíciles en materia de derechos fundamentales”<sup>807</sup>.

Para el positivismo, la interpretación queda en un segundo plano y por ello no es capaz de dar, solo, las respuestas a los problemas que surgen, como, por ejemplo, los conceptos jurídicos indeterminados. La propuesta de control del lenguaje jurídica no es suficiente para controlar las decisiones judiciales<sup>808</sup>.

---

<sup>807</sup> ATIENZA, Manuel. “Tesis sobre Ferrajoli” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, 2008, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com>, fecha 21/04/2014, 22:30, p. 215.

<sup>808</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo”, en *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, dirección de FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz e KARAN TRINDADE, André, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2012, p. 88.



La crítica a la discrecionalidad judicial no debe ser entendida como una prohibición de interpretar. Las vaguedades e indeterminaciones lingüísticas son inherentes al ordenamiento jurídico, como mucho ya se ha justificado en este presente trabajo, y a estas expresiones se necesita dar sentido.

Sin embargo, la tarea de concretar los conceptos jurídicos indeterminados no depende de una subjetividad tamaña, como si los sentidos atribuidos resultaran de la voluntad del intérprete, como si la interpretación a ser hecha por los jueces fueran un acto de voluntad<sup>809</sup>.

Lo que no se puede admitir es la transformación de jueces en legisladores, y en este punto están de acuerdo tanto DWORKIN como FERRAJOLI. Considerar de ésta forma, ciertamente, representaría un ataque a la legitimación el Poder Judicial y en los propios fundamentos de Estado de Derecho.

KARAN defiende la idea de ser imprescindible se operar en dos niveles que son, en realidad, complementares: de un lado, una teoría de la legislación, justamente para reducir la indeterminación del lenguaje legal; de otro lado, con todo, una teoría de la decisión, que establezca los parámetros que deberán orientar los límites de la actuación de los tribunales durante el proceso de interpretación y aplicación del Derecho<sup>810</sup>.

---

<sup>809</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Neoconstitucionalismo, positivismo...”, cit., p. 90.

<sup>810</sup> KARAN TRINDADE, André. “Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasiliis*”, en *Garantismo*,

Nosotros no compartimos totalmente con la idea de KARAN. Defendemos la existencia en la ley de conceptos jurídicos indeterminados y no creemos que la eliminación de la indeterminación sea la mejor respuesta delante de todas las ventajas que ofrece. Sin embargo, la segunda parte de su proposición merece atención. La idea de la creación de una teoría de la decisión, con el objetivo de orientar y limitar la actuación de los jueces en el proceso de aplicación del Derecho sería una herramienta útil para el actuar de los jueces en la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados, dentro de los parámetros de la propuesta del garantismo<sup>811</sup>.

Porque, de la manera como está propuesta su tesis, según FERRAJOLI, no habría medios de considerarse la legitimidad del Poder Judicial en la aplicación jurisdiccional de los conceptos jurídicos indeterminados.

---

*hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, dirección de FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz e KARAN TRINDADE, André, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2012, p. 126-127.

<sup>811</sup> Es importante esclarecer que, así como no hace parte del objetivo del presente trabajo analizar los métodos de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, tampoco está previsto en los fines de este estudio el desarrollo de una teoría de la decisión. Aunque estemos de acuerdo que, en realidad, falta a la teoría de FERRAJOLI un enfoque en esta área, no cabe al presente estudio desarrollar una teoría para suplir esta carencia, sino solamente, indicar y relacionar con el tema propuesto.

Nosotros, por otro lado, entendemos que sí, hay medios. Y las maneras de encontrar esa legitimación es justamente la conjugación de estas alternativas aquí propuestas.

## **5. La motivación de las sentencias y su papel en la legitimación del Poder Judicial**

### **A) Introducción**

Como cuarta alternativa para la legitimación del Poder Judicial delante de los conceptos jurídicos indeterminados está la motivación de las sentencias. Vale recordar que ésta es una más de las soluciones que están siendo analizadas, pero no debe ser considerada excluyendo las demás, sino que de forma acumulada, es decir, asociando todas las propuestas con el fin de fundamentar la legitimación del Poder Judicial cuando el juez se encuentra con un concepto jurídico indeterminado, en razón de la insuficiencia de la sumisión del juez a la ley en cuanto su fundamento.

Así, la motivación de las sentencias se muestra como una alternativa segura y esencial, pues es a través de ella que se controla y, por tanto, se garantiza la vinculación del juez a la ley, y, consecuentemente, la legitimación del Poder Judicial.

## **B) La motivación como fundamento de la legitimación del Poder Judicial**

Uno de los legados de la Revolución Francesa, conforme ya hemos analizado, es la soberanía popular como fundamento del propio Estado de Derecho y la expresión de esa soberanía se encuentra en las Constituciones de los Estados de Derecho.

Pero, lo que ocurre es que el propio pueblo soberano delegó el ejercicio de la jurisdicción al magistrado, que administra la justicia en su nombre. Entonces, los jueces son administradores de la justicia y no titulares del Poder Judicial, porque este, como ya dicho, pertenece al pueblo.

Y, en la calidad de administradores de la justicia, necesitan de independencia, que es garantizada por la vinculación del juez a la ley. Sin embargo, esta vinculación no es simplemente a la letra de la ley, y sí, una sumisión al Derecho como un todo. Una vinculación a la Ley válida, es decir, coherente con la Constitución.

Entretanto, una vez siendo el pueblo el titular del poder, nada más justo que los administradores de ese poder presten cuentas a los titulares de ello. En las palabras de COLOMER HERNÁNDEZ, es necesario “justificar el concreto desarrollo de la actividad jurisdiccional tanto delante de los sujetos de la controversia, como frente a la sociedad, que con carácter general ha renunciado al

ejercicio de la fuerza”<sup>812</sup>. Esta es la forma de legitimar sustancialmente el Poder Judicial que es ejercido por los jueces pero en nombre del pueblo.

La manera de justificar esa legitimación, de prestar las cuentas del ejercicio del poder al pueblo es la motivación de las decisiones, y su carencia convierte la actuación jurisdiccional en arbitraria<sup>813</sup>. Así, es posible que cualquier ciudadano, la opinión pública en general e incluso el resto de los poderes del Estado verifiquen si el juez ha actuado de forma arbitraria por medio de la motivación<sup>814</sup>.

La obligatoriedad de motivar las resoluciones jurídicas está expresa en la Constitución Española, en su art. 120.3<sup>815</sup>. La inscripción de la motivación obligatoria en ámbito constitucional comporta consecuencias importantes. La primera es la generalidad del deber de motivar, por la cual nunca puede faltar la *ratio decidendi* de lo decidido en una sentencia. Ya la segunda es la indisponibilidad

---

<sup>812</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2003, p. 25.

<sup>813</sup> COLOMER HERNANDEZ, Ignacio. “La motivación de las sentencias: aproximación a un modelo”. *Revista de Derecho Procesal*, n. 1-3, 2001, p. 131.

<sup>814</sup> COLMENERO GUERRA, José Antonio. “Ciudadanía y justicia...” cit., p. 136.

<sup>815</sup> CE, Art. 120.

“1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento.

2. El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal.

3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.”

del deber de motivar, o sea, queda vetado al legislador ordinario dejar la motivación de las sentencias a merced de la voluntad de las partes<sup>816</sup>.

Allá del mandamiento constitucional, todavía, hay todo un conjunto de disposiciones legales que prescriben acerca de la exigencia de motivación, como el art. 248, apartados 2 y 3 de la LOPJ<sup>817</sup> y el art. 218 de la LEC<sup>818</sup>. Pero, en un último análisis, la

---

<sup>816</sup> IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 22-23.

<sup>817</sup> LOPJ, Art. 248.

“1. La fórmula de las providencias se limitará a la determinación de lo mandado y del juez o tribunal que las disponga, sin más fundamento ni adiciones que la fecha en que se acuerden, la firma o rúbrica del juez o presidente y la firma del secretario. No obstante, podrán ser sucintamente motivadas sin sujeción a requisito alguno cuando se estime conveniente.

2. Los autos serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos y, por último, la parte dispositiva. Serán firmados por el juez, magistrado o magistrados que los dicten.

3. Las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo. Serán firmadas por el juez, magistrado o magistrados que las dicten.

4. Al notificarse la resolución a las partes se indicará si la misma es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello.”

<sup>818</sup> LEC, Art. 218. Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación.

“1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás retenciones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al

motivación no es sólo una exigencia y un derecho reconocidos legal y constitucionalmente, sino que constituye el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrada en el art. 24.1 de la CE<sup>819</sup>; por lo tanto, es posible afirmar que la motivación está enlazada con la propia eficacia de un derecho fundamental<sup>820</sup>.

La previsión de este principio constitucional se inserta en el sistema de garantías que las constituciones democráticas crean para la defensa de las situaciones jurídicas de los individuos ante el poder

---

demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas alegadas por los litigantes.

2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.”

<sup>819</sup> CE, Art. 24.

“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

<sup>820</sup> GUZMÁN FLUJA, Vicente C. *El recurso de casación civil*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996, p. 193.

estatal, así como de las manifestaciones de este poder estatal en el ámbito de la jurisdicción<sup>821</sup>.

La imposición de motivar existe justamente para garantizar la exigencia de las garantías estructurales de la jurisdicción, cuales sean, independencia, responsabilidad y sumisión a la ley, conforme se extrae del art. 117.1 CE<sup>822</sup>.

TARUFFO hace la conexión del principio de la obligatoriedad de la motivación con el principio de independencia y con la sujeción del juez a la ley<sup>823</sup>. La independencia aquí es entendida como imparcialidad, es decir, el juez no puede actuar movido por influencias externas que condicionen a su decisión. El sentido de independencia, por tanto, no es de no dependencia de otros poderes, sino debe ser tomado desde el punto de vista del “valor”, su imparcialidad “concreta”, o sea, la neutralidad del juez ante las controversias<sup>824</sup>.

Si es en la motivación que el juez expone los motivos de su fallo, entonces solo mediante la motivación es posible evitar la parcialidad, garantizando, así, la imparcialidad.

---

<sup>821</sup> TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006, traducción de CORDOVA VIANELLO, Lorenzo, p. 349.

<sup>822</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, cit., pp. 72-77.

<sup>823</sup> TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil...* cit., p.350.

<sup>824</sup> TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil...* cit., p.350. También entiende la independencia en este sentido ASÍS, Rafael de. *El juez y la motivación en el derecho*, Madrid, Ed. Dykinson, 2005, pp. 67 y ss.



La vinculación del juez a la ley puede ser verificada también en la motivación.

Por lo tanto, es a través de la motivación que se pone de manifiesto una eventual falta de imparcialidad del juzgador, permite la exigencia de responsabilidad respecto al juez y, además, controla la sumisión del juzgador a la ley.

La actividad interpretadora del juez está sujeta a revisión por parte de los órganos judiciales superiores, por vía de recurso, e incluso, del mismo Tribunal Constitucional. En éste contexto, lo que se revela como un mecanismo de especial relevancia es justamente la motivación de las decisiones, vez que es a través de ella que es posible verificar que la decisión judicial se encuentra dentro de los límites fijados por el sistema<sup>825</sup>.

La importancia de tales funciones de la motivación, notadamente la de control de la sumisión del juez a la ley, son incontestables. Es que, si la vinculación del juez a la ley sigue representando el núcleo central de la legitimación del Poder Judicial, y si es la motivación responsable por el control de la sumisión del juzgador a la ley, en un último análisis, la motivación asegura la propia legitimación del Poder Judicial<sup>826</sup>.

---

<sup>825</sup> NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. *Poder judicial...*, cit., p. 86.

<sup>826</sup> Así también lo entiende PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Ed. Tecnos, 1987, p. 116.

TARUFFO también reconoce la función de “instrumento de racionalización de la justicia, de “garantía de justicia de la decisión” y de “legitimación del papel del juez”<sup>827</sup> que se atribuye a la motivación.

La motivación constituye, así, el fundamento de la legitimidad del Poder Judicial no sólo por controlar la sumisión del juez a la ley, sino también porque es a través de ella que el juez demuestra su racionalidad o no arbitrariedad, a una sociedad que no se conforma con una apelación a la autoridad, sino que exige razones<sup>828</sup>.

COLMENERO GUERRA sostiene, con propiedad, que la legitimación del Poder Judicial debe ser entendida desde la propia independencia judicial y a partir de la sumisión de los jueces y magistrados al imperio exclusivo de la ley. Sin embargo, esta legitimación se completa solamente si fueren llevadas a cabo dos exigencias: la motivación-justificación correcta de la decisión y la decisión o solución justa<sup>829</sup>.

### **C) Los requisitos de la motivación: racionalidad, coherencia y razonabilidad**

---

<sup>827</sup> TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil...* cit., p. 333.

<sup>828</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1999, p. 191.

<sup>829</sup> COLMENERO GUERRA, José Antonio. “Ciudadanía y justicia. Eficacia y legitimidad de la administración de la justicia”, en *Nuevas políticas públicas, Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n. 5, 2009, p. 134.

La motivación de las decisiones, en cuanto fundamento de la legitimación del Poder Judicial, debe presentar tres requisitos indispensables: la racionalidad, la coherencia y la razonabilidad<sup>830</sup>.

Al motivar una sentencia, el juez debe hacerlo invocando razones y ofreciendo argumentos de carácter jurídico. Ya no es suficiente, así, la mera subsunción, característica de cuando el juez era considerado la boca que pronunciaba las palabras de la ley. Hoy, por el contrario, se exige que se construya una lógica de la argumentación<sup>831</sup>.

La motivación es justificación de los enunciados que componen la decisión judicial y exige la presencia del requisito racionalidad. Será racional una decisión cuando:

“el procedimiento y los criterios con los que el juez pueda lograr la decisión más racional según el contexto dado (racionalidad de la opción del juzgador), o bien cuando la decisión derive de razones válidas de hecho y de derecho (racionalidad en relación con la finalidad)”<sup>832</sup>.

La racionalidad excluye la aplicación arbitraria o manifiestamente errónea de la legalidad, es decir, el ejercicio relativamente discrecional de poder que representa la sentencia no

---

<sup>830</sup> Requisitos propuestos por COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, cit., pp. 157 y ss.

<sup>831</sup> ORDÓÑEZ SOLÍS, David. *Jueces, derecho...*, cit., p. 99.

<sup>832</sup> TARUFFO, citado por COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 169.

es, sin embargo, un ejercicio arbitrario<sup>833</sup>. Tanto es así que, en las palabras de IGARTUA SALAVERRÍA, “interdicción de la arbitrariedad y obligación de motivar son el anverso y el reverso de la misma medalla”<sup>834</sup>.

LAPORTA, comentando la motivación, también entiende que una decisión sin racionalidad es arbitraria:

“Motivar o justificar es, como hemos visto, dar razones. Y la ‘razón’ exige que el juez, al tomar una decisión, esté dispuesto a dar ese mismo trato a todos los que se encuentran en una situación igual en sus rasgos relevantes a la que contempla. Si no adopta ese compromiso intelectual se está comportando irracionalmente y su sentencia, al carecer de base racional, carece de motivación: es una sentencia arbitraria.”<sup>835</sup>

La decisión, para ser racional, debe estar fundada en Derecho, debe responder a unos criterios de lógica jurídica, al contrario, será considerada irracional, arbitraria o representará una aplicación manifiestamente errónea de la legalidad<sup>836</sup>.

El siguiente requisito indispensable a la motivación de las sentencias es la coherencia. En cierto sentido, es “un presupuesto de la racionalidad de la justificación de la decisión, ya que no es

---

<sup>833</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho...*, cit., p. 191.

<sup>834</sup> IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *Discrecionalidad técnica, motivación, y control jurisdiccional*, Madrid, Ed. Civitas, 1998, p. 51.

<sup>835</sup> LAPORTA, Francisco J. *El imperio de la ley...*cit., p. 212.

<sup>836</sup> ORDÓÑEZ SOLÍS, David. *Jueces, derecho...*, cit., p. 99.

imaginable un discurso justificativo calificado de racional que no sea, al mismo tiempo, coherente”<sup>837</sup>

Son identificadas dos dimensiones de la coherencia que debe estar presente en toda la sentencia: la interna y la externa.

La coherencia interna dice respecto a la necesaria coherencia que ha de presidir la justificación y los elementos que la integran. Se traduce en exigir que no exista contradicción entre los argumentos y las premisas del discurso justificativo<sup>838</sup>.

Por su vez, la coherencia externa, que hace referencia a las relaciones que se establecen entre motivación y fallo, y entre la motivación y otras resoluciones ajenas a la propia sentencia que se dicte. Garantiza que la motivación no se convierta en una justificación radicalmente subjetivista del juez apartada de cualquier relación con la decisión adoptada y de cualquier vínculo derivado de previas resoluciones sobre la cuestión litigiosa<sup>839</sup>.

---

<sup>837</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 289.

<sup>838</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 291.

<sup>839</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 300.

El último requisito exigido de la motivación es la razonabilidad, o sea, “la necesidad de que contengan una justificación razonable de las decisiones judiciales adoptadas”<sup>840</sup>.

En primer lugar, la primera cuestión que se debe tener en cuenta es la diferencia existente entre razonabilidad y racionalidad. La racionalidad, primer requisito de la motivación, hace referencia a la condición que adquiere la decisión cuando viene adoptada y justificada con sumisión a las normas y principios del ordenamiento. Por otro lado, la razonabilidad de la decisión judicial hace referencia a la aceptabilidad de la misma por el común de las personas<sup>841</sup>.

La razonabilidad es un complemento que debe acompañar a la racionalidad de la decisión judicial y a la motivación. En realidad, las dos exigencias se complementan, de manera que toda motivación de una decisión debe justificar que la misma es racional y razonable<sup>842</sup>.

Muchos sostienen que la razonabilidad suele reservarse para caracterizar determinadas resoluciones judiciales, en que es posible optar por varias soluciones racionales, de modo que atendiendo a la razonabilidad sólo se justificaría la elección de una de ellas<sup>843</sup>.

---

<sup>840</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 307.

<sup>841</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 308.

<sup>842</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 310.

<sup>843</sup> ORDÓÑEZ SOLÍS, David. *Jueces, derecho...*, cit., p. 100.

Sin embargo, se puede sostener que la razonabilidad es un contenido imprescindible de toda justificación de una decisión jurisdiccional. En toda decisión judicial debe haber un grado, mayor o menor, de razonabilidad, pues lo que impide que sean cometidas injusticias a través de la aplicación rígida de la ley es justamente el grado de razonabilidad que el juez imprime a sus decisiones.

Todavía es más patente la exigencia de la razonabilidad en las decisiones en que hay discrecionalidad del juez, es decir, cuando puede optar entre dos o más soluciones jurídicamente legítimas o racionales. En estos casos, el juzgador deberá escoger la solución más razonable entre todas las jurídicamente posibles. Por tanto, en las decisiones discrecionales la razonabilidad se convierte en el criterio de decisión, lo que implica que las partes litigantes y los órganos jurisdiccionales superiores deberán controlar el criterio de razonabilidad utilizado<sup>844</sup>.

Sin duda que en todo caso las decisiones han de ser racionales y razonables. Para la generalidad de los casos, la razonabilidad de la decisión judicial es prueba de la racionalidad de la misma. Sin embargo, en las decisiones discrecionales, la razonabilidad adquiere un *plus* en su significación: “la exigencia de la razonabilidad no sólo acredita la racionalidad, sino que además

---

<sup>844</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 315.

aporta el criterio de decisión utilizado por el juez para elegir entre dos o más soluciones racionales o legítimas”<sup>845</sup>.

Por lo contrario, en las decisiones discrecionales, esta justificación es exigida, de manera que, una vez justificada la racionalidad y la coherencia de la solución legítima elegida, será preciso justificar la racionalidad, es decir, que tal decisión está de acuerdo con los valores sociales y jurídicamente imperantes.

Por tanto, se puede deducir que toda decisión razonable es racional, aunque, desde luego, no toda decisión racional es por sí misma razonable. Ello significa que la exigencia de razonabilidad es predicable de todas las decisiones judiciales, sin que, por tanto, los jueces puedan adoptar resoluciones que pretendan ser racionales o legítimas produciendo resultados irrazonables<sup>846</sup>.

Lo que no se puede confundir es razonabilidad con arbitrariedad. La razonabilidad no puede ocultar “decisionismos” o subjetivismos, o representar una autorización para el juez decidir conforme sus convicciones personales. Es cierto que muchos jueces lo hacen, invocando el postulado de la razonabilidad, actúan de manera activista, lo que, conforme ya hemos destacado, constituye usurpación del Poder Judicial, comprometiendo su legitimación.

---

<sup>845</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 317.

<sup>846</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 317.



La consecuencia es que la razonabilidad acaba por ser el fundamento para todo y cualquier argumento jurídico, marcando la justicia por la imprevisibilidad y por el voluntarismo<sup>847</sup>.

#### **D) Motivación suficiente, completa y correcta**

La motivación está presente en prácticamente la totalidad de los ordenamientos jurídicos y su análisis es “una indagación sobre las razones que los jueces utilizan o deberían utilizar a la hora de justificar sus decisiones”<sup>848</sup>.

Para llegarse a un concepto de motivación, hay que tener en cuenta lo que se considera necesario que haga parte de su contenido para que exista la verdadera motivación.

Por ello, ASIS<sup>849</sup> hace la diferencia entre tres especies de motivación que reconoce: la suficiente, la completa y la correcta.

La primera hace referencia únicamente a los requisitos que exige a la motivación una determinada concepción de lo jurídico, que se unen a una “racionalidad suficiente; en la segunda, añádase a las exigencias de la primera, a la de una corrección racional, pero sin condicionar a su justicia; por ende, la tercera, la motivación correcta, es una suma de los requisitos de las dos primeras, establece una

---

<sup>847</sup> KARAN TRINDADE, André. “Garantismo *versus* neoconstitucionalismo...” cit., p. 119.

<sup>848</sup> ASÍS, Rafael de. *El juez y la motivación...* cit., p. 15.

<sup>849</sup> ASÍS, Rafael de. *El juez y la motivación...* cit., pp. 27 y ss,

serie de exigencias de la motivación desde una determinada forma de concebir la justicia<sup>850</sup>.

Es decir, para que una motivación sea suficiente, basta que exista:

- “a) Competencia del órgano (juez natural).
- b) Publicidad de la decisión y de la regla en la que se apoya.
- c) Presentación de la regla como formulación de un enunciado que parte de la información determinada y alcanza unas consecuencias concretas
- d) Corrección de la regla atendiendo a los cánones de la lengua en la que el Derecho se expresa, lo que implica por tanto, posibilidad de atribuir significado a la regla.
- e) No contradicción de la regla con enunciados válidos en el ordenamiento y, por tanto, posibilidad de integrarla en el mismo.”<sup>851</sup>

La motivación suficiente es, según el autor, una motivación válida, pues presentes los requisitos para su validez.

Sin embargo, en el requisito racionalidad, podría ir más allá. Y es justamente lo que hace la motivación completa. Presenta, así, todos los requisitos de la suficiente, asociándose a una forma de entenderse el sentido y el papel de la justificación en el ámbito de la decisión judicial. Por otro lado, todo ello no condiciona su justicia. Por lo tanto, “motivación completa no es otra cosa que el conjunto de elementos imprescindibles para entender como racionalmente motivada una decisión válida”<sup>852</sup>.

---

<sup>850</sup> ASÍS, Rafael de. *El juez y la motivación...* cit., p. 32.

<sup>851</sup> ASÍS, Rafael de. *El juez y la motivación...* cit., p. 78.

<sup>852</sup> ASÍS, Rafael de. *El juez y la motivación...* cit., p. 87.

Así, la motivación completa implica en:

- “a) Competencia del órgano.
- b) Manifestación de la decisión y de la regla en la que se apoya.
- c) Presentación de la regla como fundamentación de un enunciado que parte de la información determinada y alcanza unas consecuencias concretas.
- d) Corrección de la regla atendiendo a los cánones de la lengua en la que el derecho se expresa.
- e) Manifestación del enunciado normativo cuya interpretación, a través de alguno de los criterios interpretativos, sea el origen de la regla.
- f) Manifestación de los criterios interpretativos.
- g) Manifestación de los criterios de justificación de la regla, cuando esta no tiene su origen en un enunciado normativo válido.
- h) No contradicción de la regla con enunciados válidos.”

La motivación correcta, por su vez, llevará en cuenta todos los criterios señalados hasta ahora, además de la preocupación con la justicia de la decisión.

Ya no se trata, por lo tanto, de hablar de decisiones válidas, suficientes o completas, sino de decisiones correctas. Es cierto que puede haber duda respecto de lo que se entiende por decisión correcta.

Conforme ya hemos dejado claro hasta el momento, no creemos en la teoría de la única respuesta correcta para la interpretación y concreción de los conceptos jurídicos indeterminados. Sostenemos que es inevitable el juicio discrecional en estos casos.

Entonces, la discrecionalidad será para el análisis y elección de la decisión más correcta, después de analizar los criterios de corrección<sup>853</sup>.

Para ASIS, los requisitos que deben contener una motivación correcta son, así la suma de los criterios de la motivación suficiente, además de los exigidos para la motivación completa, añadiéndose, sin embargo, algunos otros fundamentales. El rol completo se queda así:

- a) Competencia y legitimidad del órgano.
- b) Manifestación de la decisión y de la regla en la que se apoya.
- c) presentación de la regla como formulación de un enunciado que parte de la información determinada y alcanza unas consecuencias concretas.
- d) corrección de la regla atendiendo a los cánones de la lengua en la que el Derecho se expresa.
- e) No contradicción de la regla con enunciados válidos.
- f) Validación de la regla desde el respecto del precedente.
- g) Manifestación del enunciado normativo cuya interpretación, a través de alguno de los criterios interpretativos, sea el origen de la regla.
- h) Manifestación de los criterios interpretativos.
- i) Manifestación de los criterios de justificación de la regla.
- j) Validación o falsación de los criterios interpretativos y de justificación.
- k) Validación de la regla desde el mayor número de criterios interpretativos de interpretación.
- l) Validación de la regla desde el enunciado normativo que es tomado como referencia, considerando que respeta la literalidad de dicho precepto en relación con el sistema o, en el caso de que lo anterior no sea posible, considerando que respeta el significado del precepto mayoritariamente aceptado.<sup>854</sup>

---

<sup>853</sup> En éste sentido también ASÍS, Rafael de. *El juez y la motivación...* cit., p. 134.

<sup>854</sup> ASÍS, Rafael de. *El juez y la motivación...* cit., p. 140.

El juez que es capaz de proferir una motivación correcta es el “juez razonable”, que para ASÍS<sup>855</sup>, es aquel sometido al Derecho, independiente, imparcial, y, además de respetar las exigencias de la motivación suficiente y correcta (es decir, válida), “desenvuelve su actividad justificatoria tomando como referencia la idea de aceptabilidad en sus diferentes dimensiones.” Esto no impide su actividad creativa, pero apelando al sistema jurídico.

En este punto, hacemos una crítica a la concepción del juez razonable. El autor apunta como uno de los criterios para la motivación correcta, es decir, que considera la justicia de la decisión, el respecto a los precedentes.

Como ya hemos nos manifestado en este trabajo, no creemos que la el juez esté vinculado o sometido a los precedentes, pues la independencia y la imparcialidad del juzgador pueden ser afectadas.

Es posible, eso sí, el juzgador orientarse, sin estar sometido a ellos. Seguramente son una herramienta de gran ayuda, aún más en los casos difíciles. Sin embargo, no pueden ser considerados con la fuerza normativa de la ley.

Pero sí, lo que estamos de acuerdo, es que el juez debe utilizar la razonabilidad para motivar de forma correcta sus decisiones, es decir, buscar más allá de su validez o cumplimiento formal de los requisitos exigidos, debe buscar la consecución de los

---

<sup>855</sup> ASÍS, Rafael de. *El juez y la motivación...* cit., p. 151.

criterios de la motivación correcta, o sea, perquiriendo acerca de la justicia de la de la justicia de la decisión.

### **E) La motivación y los conceptos jurídicos indeterminados**

Para COLOMER HERNÁNDEZ, la motivación es “la expresión de las razones y de las elecciones instrumentales realizadas por el juez para justificar la decisión final de la causa”<sup>856</sup>. A la hora de proferir su decisión, el juez actuará conforme un mayor o menor grado de elección que le proporciona la ley, y a mayor grado de libertad de decisión, mayores son los requisitos que deberán cumplir la motivación<sup>857</sup>.

Es fácil deducir de ésta afirmación que, cuando el juez se encuentra con un concepto jurídico indeterminado, la propia ley deja un amplio margen de libertad en la interpretación. Por tanto, los requisitos de la motivación serán exigidos en un grado mayor, pues sólo así es posible verificar que la decisión judicial se encuentra dentro de los límites fijados por el sistema, y no configura una decisión arbitraria.

Así, la motivación sirve como instrumento para el control de la sumisión del juez a la ley en la labor de interpretación judicial, vigilando si la interpretación no ultrapasa los límites de la norma

---

<sup>856</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 157.

<sup>857</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 158.

interpretada y si el juzgador realiza la interpretación conforme al Derecho<sup>858</sup>.

En éste punto, en que se considera la motivación como control de la actividad interpretadora del juez, hay que existir una racional aplicación del sistema de fuentes, de manera que el juez pueda realizar una válida interpretación del material normativo objeto de análisis. La interpretación, mecanismo utilizado por el juez para dar significado a la norma, se revela, entonces, como fase de una racional aplicación del sistema de fuentes<sup>859</sup>.

En la estructura racional del juicio de la motivación, el juez hará la constatación de los hechos. La concreción de los conceptos jurídicos indeterminados se verificará en este momento, cuando el juez hace el juicio de hecho. Es indubitable que los juicios de hecho, son hechos juicios de valor, pero ello no implica la reducción del conocimiento de los hechos a valoraciones. Es que muchos de estos juicios de valor tienen que ver con la calificación jurídica del hecho mismo. Lo que acaba siendo valorativo es la subsunción del hecho en la norma, no la verificación de la falsedad o veracidad del hecho<sup>860</sup>.

Lo que puede ocurrir también es el juez utilizarse de máximas de la experiencia para valorar el hecho (como, por ejemplo, cuando

---

<sup>858</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 268.

<sup>859</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, cit., pp. 258-259.

<sup>860</sup> TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil...* cit., pp. 221-222.

un comportamiento es considerado inmoral o contrario al orden público, de acuerdo con los estándares valorativos de la opinión común), y esta máxima calificará el hecho en vista de su subsunción dentro de la norma abierta, y no hará su conocimiento<sup>861</sup>.

Sostiene TARUFFO, entonces, que para la evaluación de la racionalidad en la verificación de los juicios de hecho, una elección de valor no puede ser considerada racional o irracional en sí misma, pues su calificación es ideológicamente relativa y condicionada<sup>862</sup>. Así,

“(...) el juicio de valor es racional si es coherente con los valores sobre los cuales se funda una determinada ideología, y por lo tanto si está orientado hacia los fines que esta indica como positivos. (...) la elección del juez es racional en tanto sea coherente y funcional respecto a un fin que se considera indicado como tal por las normas fundamentales del ordenamiento. De manera análoga, esa elección es calificable como racional si está conforme con los valores consolidados en un cierto ámbito social, es decir, si corresponde con la ideología ‘social’ de una clase en un cierto momento, y si es funcional con el sistema de fines que la misma se plantea alcanzar”<sup>863</sup>.

Todavía sobre el juicio de hecho, DÍEZ PICAZO identifica las distintas fases que integran la interpretación judicial, y demuestra que tienen reflejo directo en la justificación de la decisión, pues explican y permiten que pueda llevarse a efecto la interpretación de la propia resolución. Según el autor, son cuatro las fases de la interpretación:

---

<sup>861</sup> TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil...* cit., p. 222.

<sup>862</sup> TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil...* cit., p. 237.

<sup>863</sup> TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil...* cit., p. 237.



- “1. Determinación del sentido que tiene cada uno de los elementos que integran el supuesto de hecho de la proposición normativa.
2. la atribución de una carga de valor a los conceptos indeterminados que aparezcan en el supuesto de hecho normativo.
3. El esclarecimiento de las consecuencias que la norma liga con el supuesto de hecho.
4. La adopción de una decisión por parte del intérprete cuando la consecuencia establecida por la norma no esté plenamente determinada.”<sup>864</sup>

De las cuatro, la que más trascendencia tiene para el presente estudio es la segunda, es decir, la que el juez atribuye una carga valorativa a los conceptos jurídicos indeterminados. Ello porque, al introducir una carga de valor el juez desplaza las razones de su decisión de la simple racionalidad jurídica formal al campo de la razonabilidad<sup>865</sup>.

Ahora bien, conforme ya examinamos en el apartado anterior, los tres requisitos de la motivación son indispensables para que, al final, esté fundamentada la propia legitimación del Poder Judicial: racionalidad, coherencia y razonabilidad.

La interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados es una decisión discrecional, motivo por el cual, allá de la justificación de la racionalidad y de la coherencia, hay que existir también la justificación autónoma de la razonabilidad, pues opera como criterio

---

<sup>864</sup> DÍEZ PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª edición, Barcelona, Ed. Ariel, 1993, p. 241.

<sup>865</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignácio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 262.

de decisión del juez, y no simplemente hace parte de la racionalidad<sup>866</sup>.

En la hipótesis de no estar presente la motivación expresa de las razones que llevaran el juez a considerar una solución más razonable que las demás, estaría siendo violado el imperativo constitucional del art. 120.3, así como el también constitucional art. 24, pues no permitiría el control de la decisión tomada<sup>867</sup>.

Es que la motivación permite conocer las razones de la concreta decisión judicial y los argumentos que posibilitan realizar el control de la actividad jurisdiccional, a través del sistema de recursos establecido.

Así las cosas, la motivación es el indispensable mecanismo para evitar la arbitrariedad en la hora de la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados; es el instrumento limitador de la discrecionalidad del juzgador, lo que asegura su vinculación a la ley y, consecuentemente, la legitimación del Poder Judicial.

## **6. La necesidad de formación de los jueces**

### **A) Introducción**

---

<sup>866</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, cit. p. 323.

<sup>867</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 324.

La última alternativa para la legitimación del Poder Judicial delante de los conceptos jurídicos indeterminados que se examina en el presente estudio es la necesidad de formación de los jueces. Sin embargo, ello no significa que esta sea un elenco cerrado, *numerus clausus*. Se trata de un planteamiento que presenta algunas alternativas para la solución de la cuestión analizada, pero que, de manera ninguna, cierra la puerta para nuevos entendimiento y nuevas propuestas.

Además de ello, cabe destacar que el objetivo aquí no es profundizar en las cuestiones de sistemas legitimadores de selección de jueces<sup>868</sup>. Es evidente que tienen su importancia, y que reflejan, al final, en la propia legitimación del Poder Judicial. Pero, lo que planteamos es solamente el examen acerca de la necesidad de la formación de jueces, para que estén capacitados a enfrentar con sabiduría y debidamente legitimados (en todos los aspectos tratados) las nuevas situaciones que surgen.

---

<sup>868</sup> Véase GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patricia. *Los jueces y la política – poder judicial y democracia*, Madrid, Ed. Taurus, 1999, traducción al castellano de RUIZ DE AZUA, Miguel Ángel, pp. 32 y ss. Los autores tratan de los sistemas de reclutamiento y selección de los jueces en algunos países de Europa, Estados Unidos e Inglaterra. Aún, MARTÍN PALLÍN, José Antonio. “La formación de los jueces en los procesos de cambio”, en AÑÓN, María José y MIRAVET BERGÓN, Pablo (editores). *Derechos, justicia y estado constitucional: un tributo a Miguel C. Miravet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 155-178. El autor también analiza la formación de los jueces en diferentes países de Europa, haciendo la diferenciación respecto del autogobierno del Poder Judicial en Alemania, Francia, Italia, Portugal y España.

## B) Criterios para la formación de los jueces

BLASCO GASCÓ propone, fundamentalmente, tres criterios clave en la formación del juez que, en definitiva, serán las guías en el ejercicio de su función jurisdiccional: la sumisión al imperio de la ley, en los términos sostenidos en el presente estudio; el valorismo, por el cual el juez, en su labor interpretativa, desarrolla una actividad creadora, llenada de elecciones valorativas; y, finalmente, la proximidad social, es decir, el juez es una persona que se coloca *inter partes*, próximo, cercano a las partes y a los problemas en litigio, que interpreta no sólo la norma, sino también el conflicto ante a él planteado<sup>869</sup>.

MALEM SEÑA analizando la cuestión de la formación de los jueces, llega a conclusiones interesantes<sup>870</sup>. Para que el juez cumpla con su papel con independencia la primera exigencia, un tanto lógica, que se hace es su capacidad profesional. Hay que estar capacitado profesionalmente para garantizar su credibilidad, no solamente frente a las partes, sino también a toda la sociedad. Y ello requiere formación adecuada, inicial y permanente<sup>871</sup>.

---

<sup>869</sup> BLASCO GASCÓ, Francisco de P. "Sobre la necesidad...", *cit.*, p. 21.

<sup>870</sup> MALEM SEÑA, Jorge F. *El error judicial y la formación de los jueces*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2008, pp. 207 y ss.

<sup>871</sup> MALEM SEÑA, Jorge F. *El error judicial...*cit., p. 208. Debe poseer conocimientos y habilidades superiores al hombre de la calle. Por ello, aquí reportémonos a las críticas al sistema de justicia popular (en el Capítulo V), por medio del cual los jueces son electos para la función de juzgar. Véase también IPPOLITO, Franco. "La formación de los magistrados", en *Jueces para la democracia*, n. 50, 2004, p. 21.

Entonces, el autor presenta un rol de conocimientos básicos que debería tener un juez o magistrado para el cumplimiento adecuado de su función.

El primer es la formación en derecho, en el sentido que debe conocer el derecho a ser aplicado. Si el juez quiere ser un buen técnico jurídico, hay que ser buen dogmático. Además, el dominio de las formulaciones lingüísticas por medio de las cuales se expresan las fuentes del derecho, de manera a conocer no solo el lenguaje natural, sino también el jurídico<sup>872</sup>.

Todavía, la formación en derecho presupone estar atento a la jurisprudencia y a la dogmática, para que sepa cuáles son las soluciones y las razones que los tribunales han dado a cuestiones similares<sup>873</sup>. Sin embargo, ello no significa que el juez está sometido a los precedentes, ya que su independencia e imparcialidad pueden resultar afectadas y, por consiguiente, la propia legitimación del Poder Judicial.

El autor propone, aún como parte de la formación en derecho, que el juez debe conocer los criterios interpretativos y argumentativos que pone a su disposición la teoría del Derecho y la dogmática jurídica, especialmente para la resolución de los casos difíciles<sup>874</sup>. Así, hay que estar preparado para hacer razonamientos morales,

---

<sup>872</sup> MALEM SEÑA, Jorge F. *El error judicial...cit.*, pp. 209-213.

<sup>873</sup> MALEM SEÑA, Jorge F. *El error judicial...cit.*, p. 213.

<sup>874</sup> MALEM SEÑA, Jorge F. *El error judicial...cit.*, pp. 213-218.

conociendo a la moral social, las prácticas sociales y conocimientos de la ética normativa.

El segundo conocimiento básico propuesto por MALEM es la formación del juez en materia de hechos, pues muchos procesos versan sobre los aspectos fácticos que provocaran la demanda, y que deben ser probados. Para ello, propone el juez tenga el conocimiento normativo, para hacer la subsunción, y también que posea comprensión del objeto mismo del proceso los hechos, los datos controvertidos<sup>875</sup>.

Así, se exige del juez una visión de mundo más ajustada que el ciudadano ordinario, para hacer esta evaluación. Además, cuando sus conocimientos no fueren suficientes, debe reconocerlo y humildemente solicitar opiniones de expertos, en los moldes previstos por el sistema jurídico<sup>876</sup>.

El tercer conocimiento básico exige del juez formación en lógica, en el sentido de tener alguna comprensión. El sentido de la palabra “lógica” utilizada por el autor es de un “tipo de argumento o razonamiento formal cuya validez no depende de su contenido. (...) En este sentido, la lógica constituye un modelo acerca de cómo se debe razonar (lógicamente).”<sup>877</sup> Significa el juez tener una noción de lo que se puede, debe o no se puede hacer para actuar según la lógica.

---

<sup>875</sup> MALEM SEÑA, Jorge F. *El error judicial...cit.*, pp. 220-221.

<sup>876</sup> MALEM SEÑA, Jorge F. *El error judicial...cit.*, p. 221.

<sup>877</sup> MALEM SEÑA, Jorge F. *El error judicial...cit.*, p. 225.

La importancia de estas nociones para el juzgador es evidente. Con ellas: es más fácil llevar a cabo la tarea de sistematización del Derecho; se evitan contradicciones; se impiden, se detectan y se eliminan falacias, es decir, argumentos incorrectos; ordena; y el razonamiento es más claro y ordenado<sup>878</sup>.

El cuarto conocimiento básico propuesto por MALEM para la formación del juez es el conocimiento de la realidad. Este es un criterio natural, ya que no se imagina que un juez que no conozca la realidad que le rodea pueda desarrollar adecuadamente su función<sup>879</sup>.

Es cierto que el propio término realidad es complejo. Pero debe incluir, por lo menos, conocimientos acerca de

“las máximas de la experiencia corrientes y profesionales que le permitan realizar su labor, debe saber cómo opera el principio de causalidad y tener un conocimiento más o menos amplio de aquellos estados de cosas que tienen algún interés en el momento en que ejerza la jurisdicción.”<sup>880</sup>

Aún, es evidente que un juez que tenga conocimiento técnico pero que vive aislado del mundo que le rodea, ignorando lo que pasa en su entorno, no puede ser un buen juez. Debe estar inserido en la sociedad, pero sin que ello afecte su imparcialidad.

---

<sup>878</sup> MALEM SEÑA, Jorge F. *El error judicial...cit.*, pp. 225-230.

<sup>879</sup> MALEM SEÑA, Jorge F. *El error judicial...cit.*, p. 230.

<sup>880</sup> MALEM SEÑA, Jorge F. *El error judicial...cit.*, p. 231.

Por ende, el último criterio por el autor que debe hacer parte de la formación del juez es el conocimiento en materia lingüística. Según el autor, debe estar capacitado para el uso del lenguaje natural y técnico, para que su labor de interpretación de la ley se realice de la manera correcta<sup>881</sup>. Además, es por medio del lenguaje que formulará la sentencia, y motivará su decisión. Así, el lenguaje será, en realidad, el instrumento utilizado para que el juez compruebe su legitimación.

### **C) La formación de los jueces y los conceptos jurídicos indeterminados**

El juez, conforme ya analizamos, es el protagonista a la hora de concretar los conceptos indeterminados. Vinculados a la ley, de acuerdo a los parámetros ya señalados, los jueces son los administradores de la justicia.

La toma de una posición del juez en el proceso, es decir, “juicio de valor”<sup>882</sup>, dependerá, en mucho, de quien en cada caso ha de juzgar, porque, en el momento de la valoración, no hay como no considerar la valoración realizada internamente por el que juzga<sup>883</sup>.

---

<sup>881</sup> MALEM SEÑA, Jorge F. *El error judicial...cit.*, pp. 233-239.

<sup>882</sup> LARENZ, Karl. *Metodología...*, cit., p. 285.

<sup>883</sup> Es importante aclarar, una vez más, que, aunque no seamos favorables a “decisionismos”, tampoco a “convicciones personales”, es inevitable admitir que, en algunos casos hay una relación necesaria entre Derecho y Moral y, en el ámbito de la interpretación del Derecho, es forzoso consentir que, en la concreción de



Así, es incuestionable que el juez hay que ser una persona preparada para tal, es decir, con una formación que lo haga decidir dentro de los parámetros de justicia exigidos por un Estado Social y Democrático de Derecho, sin embargo, sin que véase perjudicada su independencia e imparcialidad, fundamentos indispensables también, y sin los cuales es imposible hablar de un juez legítimo.

Si el juez debe servir a la sociedad, para lo que se le otorga un determinado poder, velando por el cumplimiento de los deberes y protegiendo el ejercicio legítimo de los derechos de los ciudadanos, la cuestión fundamental se presenta en los siguientes términos: qué juez exige la sociedad actual, qué formación debe recibir un futuro juez para cubrir y satisfacer las exigencias que la sociedad reclama de la administración de la justicia<sup>884</sup>.

Además, hay que sumar a todo ese contexto el hecho de que cambios significativos que ocurrieron en la sociedad, en el ordenamiento jurídico en el propio Poder Judicial. La proliferación de los conceptos jurídicos indeterminados, por todas las ventajas que ésta técnica legislativa ofrece, ciertamente exige una nueva postura del juez a la hora de interpretar una ley, y ni siempre están preparados para ejercer esa nueva misión sin que ello vulnere la legitimación del Poder Judicial. En éste sentido, FARIA constata que:

---

conceptos jurídicos indeterminados, la solución del problema requiere que el juez recurra a juicios morales.

<sup>884</sup> BLASCO GASCÓ, Francisco de P. “Sobre la necesidad de formación de los jueces”, en *Jueces para la democracia*, n 38, julio/2000, p. 18.

“É cada vez maior o número de juízes conscientes de que não estão preparados técnica e intelectualmente para lidar com o que é inédito (...) e de que não foram treinados para interpretar normas programáticas e normas com conceitos indeterminados”<sup>885</sup>

Ello porque, hemos concluido que, para la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados, es inevitable recurrir a juicios morales, es decir, aunque tengamos nos posicionado en contra “decisionismos” o convicciones personales del juzgador, la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados requiere para su concreción razonamiento moral.

Sin embargo, para que el actuar de este juez no resulte en un activismo, totalmente nocivo para el Estado de Derecho, los jueces deben estar preparados para así proceder. El problema es que muchas veces, estos razonamientos morales acaban siendo

---

<sup>885</sup> FARIA, José Eduardo. “As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades sociais”. *Direito humanos, direitos sociais e justiça*, São Paulo, Ed. Malheiros, 1998, p. 60 y ss. Una paradoja es que en la obra TOHARIA CORTÉS, José Juan y GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, Juan José. *La justicia ante al espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 61, es enseñado un panorama de la Justicia, y la percepción de los ciudadanos españoles respecto de su funcionamiento. De acuerdo con los datos presentados en la encuesta realizada, “la sociedad española no sólo valora positivamente la competencia profesional de sus jueces, sino que este juicio se hace gradualmente más favorable con el tiempo.” Además, en cuanto a preparación, las respuestas fueran que los jueces españoles son tan buenos como los de cualquier otro país de la Unión Europea.

vulgares, justamente por la falta de preparación de los jueces para trabajar con ello<sup>886</sup>.

El Estado Social y Democrático de Derecho exige la actuación de un juez que asuma la función de garante de los derechos de los ciudadanos, y que, allá de la seguridad jurídica, tan necesaria, busque garantizar también la justicia de las decisiones.

Ahora bien, si observados todos estos criterios, es posible afirmar que existe una adecuada formación de los jueces, que necesitan estar preparados para las nuevas situaciones, a través de la afirmación de los valores, principios y postulados en que se asienta el Estado Social y Democrático de Derecho. Así, es posible garantizar la legitimidad del Poder Judicial delante de los conceptos jurídicos indeterminados.

#### **D) El nuevo Poder Judicial**

Las tantas transformaciones ocurridas en el Estado, y que afectaron los ordenamientos jurídicos, exigen un Poder Judicial diferente del de otrora, capaz de absorber las complejidades, pero sin perder su legitimación.

La formación de los jueces en los moldes presentados, ciertamente, contribuye para que de hecho eso ocurra.

---

<sup>886</sup> LAPORTA, Francisco J. “El imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, en *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, núm. 0, octubre 2008, p. 49.

Sin embargo, hay que considerar una cuestión a más. Según GUARNIERI e PEDERZOLI, el reclutamiento de los jueces que considere solamente conocimientos institucionales de Derecho, basado en pruebas burocráticas, es insuficiente para formar un juez que tenga capacidad de desempañar las nuevas tareas de su papel, de manera satisfactoria. Es necesario más: “un poder judicial fuerte necesita de jueces no solo técnicamente competentes sino también consientes de la nueva importancia política de su función.”<sup>887</sup>

Para ello, la propuesta es reformar os procedimientos de selección del personal judicial, con la finalidad de facilitar la interiorización de valores institucionales, así como adquirir concretas capacidades profesionales, y no solamente teóricas. La forma sugerida es promover una aproximación entre la magistratura y las otras profesiones jurídicas, por medio del establecimiento de modalidades de formación común a las profesiones legales, favoreciendo una cultura común<sup>888</sup>.

Todavía, otra solución apuntada sería la Escuela Judicial, por favorecer el desarrollo de competencias concretas, pero con la

---

<sup>887</sup> GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patricia. *Los jueces y la política...* cit., p. 175.

<sup>888</sup> GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patricia. *Los jueces y la política...* cit., p. 175.

cautela de impedir que este procedimiento encierre aún más la magistratura en sí misma<sup>889</sup>.

Lo que es posible concluir es que, como ya hemos sostenido, la formación de los jueces no debe ser solamente inicial, sino que continuada, ya que “un personal mejor cualificado debería presentar comportamientos profesionalmente más responsables y por tanto más independientes”<sup>890</sup>. Y, asegurada su independencia, también lo estará su propia legitimación en el Estado Social y Democrático de Derecho.

---

<sup>889</sup> GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patricia. *Los jueces y la política...* cit., pp. 175-176. En España, el criterio de reclutamiento de jueces es la oposición libre, junto con curso teórico y práctico en la Escuela Judicial, según previsión en el art. 301 LOPJ.

<sup>890</sup> GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patricia. *Los jueces y la política...* cit., p. 176.

## CONCLUSIONES

### I)

La presencia de los conceptos jurídicos indeterminados en las diversas ramas del ordenamiento jurídico es cada vez más frecuente. Ello es resultado de cambios significativos experimentados por los ordenamientos jurídicos y por la sociedad, reflejos de transformaciones contundentes del Estado contemporáneo. En este contexto, la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, al lado de tantas otras medidas, es necesaria para llevar a efecto nuevos fines que asumió el Estado. El ordenamiento jurídico del actual Estado Social y Democrático de Derecho es mucho más complejo que en el Estado Liberal; así, el juez debe asumir un papel distinto también, con el fin de absorber la complejidad que otrora no había.

En efecto, el Derecho no se queda al margen de tantas mudanzas; el resultado es que, para adaptarse a las transformaciones y ofrecer respuesta a los nuevos problemas, el Derecho ha cambiado su función. Actualmente la ley no es utilizada sólo para dictar comportamientos, sino también para avanzar y orientar el desarrollo social y económico. Ello supone, lógicamente, su intervención en nuevos sectores que, justamente en razón de esa nueva función de desarrollo social y económico, son mucho más complejos.

Así, con la finalidad de dar una respuesta a la complejidad de esos nuevos sectores de intervención, se recurre, cada vez más, a los conceptos jurídicos indeterminados. El legislador se ve obligado a utilizarse de ésta técnica, porque su capacidad de percepción es insuficiente, de manera que no puede prever en absoluto el futuro. Tiene que crear normas adaptables, principalmente delante de la infinita complejidad de la vida moderna, sometidas a un cambio constante. Y, mismo considerando que pudiera prever las situaciones futuras, aún así, seguiría incapaz de expresar sus ideas de modo inequívoco, simplemente por el hecho de que los medios expresivos del legislador están limitados. Además, la dinamicidad de la sociedad, con sus avances tecnológicos y culturales, que resultan en el surgimiento frecuente de nuevas situaciones que necesitan tutela jurídica, exige de los textos legales la utilización de un lenguaje vivo y flexible.

A través de la técnica legislativa de los conceptos jurídicos indeterminados cabe al juez depositar en ellos la carga valorativa suficiente a concretizar las situaciones propuestas. Y es justamente en este punto que el tema de la legitimación del Poder Judicial es cuestionado. Teniendo por base que la vinculación del juez a la ley sigue representando el núcleo central de la legitimación del Poder Judicial, y siendo los conceptos jurídicos indeterminados por la propia ley, queda claro que hay una rotura en la vinculación del juez a la ley y, al final, en la propia legitimación del Poder Judicial.

Ahora bien, ante la absoluta necesidad de tener todos los poderes de un Estado Social y Democrático de Derecho debidamente legitimados, hay, entonces, que buscar alternativas para la legitimación del Poder Judicial delante de los conceptos jurídicos indeterminados, pues ciertamente el principio del sometimiento del juez al imperio de la ley ha sufrido un verdadero cambio de paradigma.

## II)

El Derecho, a diferencia de las ciencias exactas, es expresado a través de un lenguaje artificialmente construido, en que existen amplios márgenes para la vaguedad. Por ello, no es raro encontrar figuras carentes de determinación. Son muy pocos los conceptos absolutamente determinados, la mayoría de ellos son, al menos parcialmente, indeterminados.

Mientras los conceptos jurídicos determinados poseen visiblemente una zona de certeza positiva y una zona de certeza negativa del supuesto, permitiendo contestar con convicción la cuestión de si un supuesto queda o no comprendido en su campo semántico (candidatos positivos y negativos), en los conceptos indeterminados hay, además, una zona de duda posible.

Ello significa que, allá de permitir la inclusión y la exclusión con seguridad determinados supuestos (candidatos positivos o negativos), hay también “candidatos neutrales”, es decir, aquellos



respecto de los cuales hay dudas, y no es posible afirmar de forma segura si están comprendidos o no dentro del concepto.

Y una de la principal característica de los conceptos jurídicos indeterminados es justamente su carácter abierto, que le proporciona la capacidad de perfecta adaptación al caso concreto específico, dado que son consideradas por el juez todas las circunstancias particulares del hecho que se está analizando.

Los conceptos jurídicos indeterminados pueden ser clasificados, según HASSEMER, en conceptos vagos, porosos, que reflejan una disposición o tendencia anímica y los necesitados de complemento valorativo.

Ya ENGISCH propone la existencia de los conceptos jurídicos indeterminados propiamente dichos, los conceptos normativos, los conceptos de libre interpretación y las cláusulas generales. Su teoría de los conceptos jurídicos indeterminados es utilizada como fundamento para varios autores que estudian la cuestión. De toda ella, podemos concluir, resumidamente, que:

a) los conceptos normativos son, a menudo, indeterminados. Y por conceptos normativos hay que entenderse como aquellos en que siempre se necesita una valoración para poder aplicarlo al caso concreto. Son ejemplos “deshonesta”, motivo “vil”, escrito “inmoral”, a los cuales solamente es posible decirlos sobre la base de una valoración;

b) los conceptos de libre apreciación, en el ámbito del derecho administrativo, como por ejemplo “intereses del transporte público”, constituyen una categoría especial de conceptos indeterminados y normativos;

c) por cláusula general tenemos que entender como “una redacción expresiva de los supuestos de hecho que abarca con gran generalidad un campo de casos”. Un ejemplo sería “quien atentar contra las ‘buenas costumbres’.” É aquella que se contrapone a una elaboración casuística de hipótesis legales y su gran característica está en el dominio de la técnica legislativa, opuesta à casuística de ante visión y descripción por el legislador, de la hipótesis fáctica. Con todo, reconoce que ambas no se excluyen, como en los modelos legislativos en que es utilizado el método ejemplificativo, agregado al concepto genérico.

d) La cláusula general tiene una generalidad que las otras especies (conceptos jurídicos indeterminados, normativos y de libre apreciación) habitualmente, no presentan y, gracias a su generalidad, permite someter adecuada e íntegramente un grupo mayor de situaciones de hecho a una misma consecuencia jurídica. Ésta característica revela una gran ventaja de la cláusula general frente a la casuística. Pero ello no significa decir que una cláusula general no pueda configurarse un concepto jurídico indeterminado.

e) En ambas técnicas legislativas, cláusula general y concepto jurídico indeterminado, el legislador ha optado por la vaguedad intencionalmente, dejando al juez la tarea de rellenar el

ámbito indeterminado del enunciado, sea cláusula general o concepto jurídico indeterminado. Sin embargo, la diferencia es que, en la cláusula general, más allá de rellenar el término indeterminado, el juez aplica el principio establecido por la misma norma, es decir, presenta la consecuencia jurídica del hecho que es expuesto en conformidad de la cláusula general; ya en los conceptos jurídicos indeterminados, la labor del juez es limitada a rellenar valorativamente el término indeterminado, aplicando la norma jurídica ya explicitada por el legislador.

Por ende, la misma expresión vaga puede ser entendida como cláusula general o como concepto jurídico indeterminado. Algunas veces, hasta mismo como principio general del Derecho. Y para saber si es una cosa u otra, será considerada la funcionalidad de que la expresión abierta se reviste dentro del sistema jurídico. Es la hipótesis, por ejemplo, del término “buena fe”.

### **III)**

El ordenamiento jurídico puede ser incompleto, es decir, contener lagunas. La ausencia en absoluto de lagunas es inconcebible porque, de manera mucho más acelerada que el Derecho, la sociedad evoluciona y se presentan casos de la vida hasta entonces inéditos. Así, estos hechos en incesante renovación se quedan, independiente de la voluntad del legislador, al margen del ordenamiento jurídico. Además, hay cuestiones que simplemente el legislador se exime de tratar, voluntariamente, confiando la interpretación al juez que la realizará en cada caso específico.

Hay varias teorías de lagunas del ordenamiento jurídico, y concluimos que, si tomamos como base las tesis de LOMBARDI VALLAURI, BOBBIO y LARENZ, los conceptos jurídicos indeterminados pueden ser considerados lagunas del ordenamiento jurídico. El legislador, en el momento de redactar la ley, conscientemente dejó un hueco para ser completado por el juez en cada caso concreto. La primera conclusión que podríamos llegar es que, siendo los conceptos jurídicos indeterminados lagunas, reciben el mismo tratamiento de ellas a la hora de su apreciación por el juez. Sin embargo, la verdad es que ello no ocurre.

La perspectiva del juez delante de los conceptos jurídicos indeterminados es diferente. Es que, aunque considerados lagunas del ordenamiento jurídico, no son “lagunas propias”, es decir, en su interpretación no se cuestiona respecto de la integridad del ordenamiento jurídico. Simplemente actúa el poder creativo de quien debe aplicar la norma (el juez) que llevará en consideración las circunstancias específicas de la cuestión que analiza. Y, cuando la interpretación es suficiente para responder a las cuestiones jurídicas, no aparecen verdaderas lagunas del Derecho.

Hay, por otro lado, autores que entienden que los conceptos jurídicos indeterminados no son lagunas. Es el caso de FERRAJOLI y ENGISCH.

Para FERRAJOLI, solamente serán lagunas verdaderas o estructurales las omisiones indebidas de producción normativa,

observables solamente en sistemas jerarquizados. Los conceptos jurídicos indeterminados son, entonces, para el autor italiano, verdaderos vicios del lenguaje, que deben ser eliminados de los ordenamientos jurídicos.

ENGISCH, a su vez, excluye los conceptos indeterminados del rol de las lagunas porque siempre que la interpretación sea suficiente para responder a las cuestiones jurídicas, no aparecen lagunas.

#### IV)

Hay una tensión entre la creciente utilización del concepto jurídico indeterminado y los problemas que pueden generar. Sin embargo, por los beneficios y ventajas que proporcionan, la balanza pesa más para el uso del concepto indeterminado. La potencialidad de los conceptos jurídicos indeterminados está en su carácter abierto, que es seguramente uno de los rasgos más relevantes de esta técnica legislativa. Proporciona flexibilidad a los ordenamientos posibilitando la transferencia al juez de la concreción del concepto.

Desde el análisis económico del Derecho, la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados no sería aconsejable, pues no valdría los beneficios que proporcionan. Sin embargo, analizar el Derecho por el ángulo de la *Law and Economics* considera solamente el coste/beneficio según las bases del liberalismo económico. Por ello, este análisis, aunque apunte desfavorablemente para la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados, no creemos ser un criterio legítimo, pues aparta del análisis cuestiones

fundamentales para decidirse por el uso o no de los conceptos indeterminados por el legislador.

**V)**

Entendemos, además que los conceptos jurídicos indeterminados son, de hecho, resultado de las transformaciones del ordenamiento jurídico, configurándose como la técnica necesaria para llevar a cabo los nuevos fines del Estado.

No compartimos la idea de FERRAJOLI que serían vicios del ordenamiento jurídico, producto de la crisis del principio de legalidad, que afectaría el lenguaje legal y que, por ello, deberían ser eliminados.

Sostenemos la idea de que los conceptos jurídicos indeterminados constituyen una técnica legislativa necesaria para llevar a cabo los nuevos fines propuestos por el Estado Social y Democrático de Derecho.

**VI)**

Otro problema apuntado por algunos es que el uso de los conceptos jurídicos indeterminados podría representar un riesgo para la seguridad jurídica.

Nosotros, sin embargo, no entendemos así. Afirmar que la utilización de conceptos carentes de determinación puede resultar perjuicios para la seguridad jurídica significa admitir la violación de uno de los principios básicos del Estado de Derecho.

Por todas las ventajas y beneficios de esta técnica legislativa, un ordenamiento jurídico permeable y flexible es uno de los mejores instrumentos para que el Estado lleve a efectos los nuevos y legítimos fines a que se propuso, delante de tantas transformaciones habidas en los últimos años.

Y dejar al juez la concreción de conceptos abiertos es, sin duda, la manera más eficaz de decidir equitativamente el caso concreto; así, consecuentemente, se estará no violando, pero promoviendo y asegurando la seguridad jurídica, del Estado Social y Democrático de Derecho, y no aquél concepto limitado de seguridad tenido por lo ilustración.

Por otro lado, vale poner de relieve, una vez más, que la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados no debe ser deliberada, y sí, limitada, justamente para garantizar la seguridad jurídica. Así, aunque de forma limitada, los conceptos jurídicos abstractos deben ser utilizados por el legislador, porque “la norma no debe ser tan determinada que por ello se vea perjudicado lo que la justicia y la equidad exigen”<sup>891</sup>.

También, la utilización de conceptos carentes de determinación permite adaptar la ley al cambio de las circunstancias, preservándola, así, de la petrificación. Ciertamente, la garantía de que la ley será aplicada al caso concreto de acuerdo con los cambios

---

<sup>891</sup> ENGISCH, Karl. *La idea de concreción...*, cit., p. 179.

ocurridos desde la elaboración de la ley es un fundamento más que salvaguarda la seguridad jurídica, y la propia justicia de la decisión.

## VII)

En razón de exigencias de carácter económico, político, constitucional y social, en el siglo XX la creatividad del juzgador experimentó una intensificación. Delante de este crecimiento, podría considerarse que el juez estaría asumiendo el papel del legislador, igualándose la función judicial a la legislativa y, finalmente, que los jueces estarían invadiendo el dominio del Poder Legislativo.

Sin embargo, aunque el juez desarrolle una actividad creadora que puede presentar semejanzas con la tarea del legislador, se tratan de dos labores distintas, es decir: mientras la creación del legislador se reviste de carácter autónomo, la del juez presenta un carácter heterónomo. Además, hay que tener determinados cuales son los límites de la actividad creadora del juez. El actuar del juzgador está norteado por su sometimiento a la ley, y es la propia ley quien fija estos límites. O sea, cuanto más abierta e indeterminada es la regla a ser aplicada, más márgenes de creación tendrá el juez. Por tanto, es fácil concluir que los conceptos jurídicos indeterminados son instrumentos utilizados por el legislador que no sólo permiten, sino que exigen del juzgador una actitud creativa, cargada de criterios valorativos cuando realiza su interpretación.

Muchas corrientes de pensamiento marcaron la evolución de la creación judicial del Derecho, que van desde el positivismo legalista hasta el positivismo judicial. La creación judicial del derecho sufrió, al



principio de la era de la codificación, la represión absoluta. Era vedada la interpretación misma de la ley, siquiera cabría al juez, siendo considerada esta tarea propia del legislador. Con el pasar de los años, surgieron nuevas teorías como reacción a esta posición. De ahí, entonces, se dividieron vertientes diferentes: eran planteamientos extremados proponiendo ora la adopción de la libre creación del Derecho por el juez, ora el positivismo puro, ora proposiciones intermedias, pendiendo para uno u otro lado.

En la actualidad, la creación judicial es tratada por dos principales corrientes o movimientos: neoconstitucionalismo y constitucionalismo garantista.

No hay una teoría por completo que adoptamos. Algunos postulados sostenidos por el neoconstitucionalismo son los mejores para la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados; por otro lado, hay directrices del constitucionalismo garantista que tampoco pueden ser olvidados, y que presentan la mejor respuesta para la cuestión.

Entendemos que los conceptos jurídicos indeterminados son producto del ordenamiento jurídico que sufrió transformaciones, en razón de los nuevos compromisos asumidos por el Estado Constitucional. Por lo tanto, no compartimos la tesis de FERRAJOLI, que cree que las indeterminaciones del lenguaje legal representan un vicio jurídico, y serían resultado de la crisis del principio de legalidad y, en consecuencia, del lenguaje legal.

Tampoco entendemos que la solución ofrecida por el autor italiano, de retomar el programa de una Ciencia de la Legislación integrándolo con el programa de una Ciencia de la Constitución pueda resolver el problema de los conceptos jurídicos indeterminados.

Ello porque, no buscamos eliminarlos del ordenamiento jurídico, sino encontrar medios para que la actuación del juez sea legítima frente a ellos. Todos los beneficios y ventajas de la técnica normativa de los conceptos indeterminados ha sido ampliamente analizada y es imposible, hoy, concebir un ordenamiento jurídico de un Estado Social y Democrático de Derecho que no la utilice.

En un punto concordamos con FERRAJOLI, pero también con DWORKIN: no se puede admitir la transformación de los jueces en legisladores.

Concordamos que la judicialización de la política es un fenómeno inevitable, pero que hay que tener límites, para que no ultrapase la frontera del aceptable y se transforme en activismos judiciales.

Estamos de acuerdo con FERRAJOLI cuando afirma que la sujeción del juez a la ley debe ser a la ley válida, es decir, coherente con la Constitución, y es el texto constitucional que debe ser el parámetro.

Respecto de la conexión entre moral y derecho, entendemos que acierta FERRAJOLI al reconocer que no tendría sentido negar que el intérprete es guiado por opciones de carácter moral en el ejercicio de la discrecionalidad interpretativa generada por la indeterminación del lenguaje legal.

Reconoce, así, que pueden existir juicios morales en derecho justamente cuando hay conceptos jurídicos indeterminados.

Aunque no seamos partidarios de “decisionismos”, tampoco de “convicciones personales”, es inevitable admitir que, en algunos casos hay una relación necesaria entre Derecho y Moral y, en el ámbito de la interpretación del Derecho, es forzoso consentir que, en la concreción de conceptos jurídicos indeterminados, la solución del problema requiere que el juez recurra a juicios morales.

Así, estamos de acuerdo con la tesis de que, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, es necesaria la fusión entre el razonamiento jurídico y el razonamiento moral.

### **VIII)**

El establecimiento de la función judicial como uno de los Poderes del Estado se dio a partir de los eventos revolucionarios liberales: la Revolución Francesa y la Revolución de Norteamérica, movimientos fundados en pilares ideológicos comunes, que consistían en las concepciones de los pensadores ilustrados, como ROUSSEAU, MONTESQUIEU, LOCKE y MAQUIALVELO.

Estos movimientos inauguraran un nuevo modelo de Estado, el Estado Liberal de Derecho, que estableció principios y libertades individuales, el imperio de la ley y la división de poderes, dogmas que son vigentes hasta la actualidad, y que supervivieron, mismo tras tantas tentativas de liquidación. El papel del Poder Judicial en una y otra Revolución es opuesto, y éste origen diverso va a determinar lo que vienen a ser actualmente los dos modelos de Poder Judicial que existen en los Estados de Derecho: el continental y el anglosajón.

Aunque goce de menos notoriedad que la Revolución Francesa, la Revolución de Norteamérica tuvo su papel fundamental en la institución del constitucionalismo moderno. El esquema de distribución de poderes propuesto revela un verdadero equilibrio y contrapesos de poderes. La *judicial review of legislation*, mecanismo por el cual el Poder Judicial ejerce el control de la constitucionalidad de las leyes, significó la principal característica del Poder Judicial de Norteamérica. Allá de controlar una expansión desmesurada del Poder Legislativo, pues todos los poderes tenían la misma fuente de legitimación (el voto popular), la *judicial review* revela la preocupación de los norteamericanos en asegurar derechos y velar por las Constitución. La consecuencia de ello es que el juez americano tenía márgenes de interpretación.

En la Revolución Francesa, por otro lado, el Poder Judicial será caracterizado justamente por no poseer ninguna margen de interpretación. Es el Poder Legislativo, así, el protagonista: a través de una verdadera desvirtuación de las ideas de ROUSSEAU, eran consideradas iguales la voluntad general y la voluntad de la

generalidad, es decir, la voluntad general era identificada con la de sus representantes, que era el Parlamento. Por tanto, la ley, expresión de la voluntad general, ejercía posición suprema. Pero, si la voluntad general correspondía a la voluntad de los representantes, en último análisis, lo que ocupaba posición de supremacía no era sólo la ley, sino el propio Parlamento.

En la Revolución Francesa, el imperio de la ley era la fórmula contra el abuso de poder, no existiendo otro Derecho sino el de la ley. El juez, así, estaba sometido al imperio de la ley. Sin embargo, si la ley no era más que el producto de la voluntad del Parlamento (que era identificada con la voluntad general), lo que ocurría, en realidad, era una sumisión del Poder Judicial al propio Poder Legislativo, y no a la ley en cuanto expresión de la voluntad general del pueblo.

Todavía más evidente esa intervención del Poder Legislativo en el Poder Judicial si considerado el instituto del *référé législatif*, por el cual cabría al Poder Legislativo la interpretación de la ley. El juez estaba limitado a la aplicación mecánica de la ley, colocando el Poder Judicial en posición subordinada del Poder Legislativo.

Ahora bien, la consecuencia de los acontecimientos relativos al Poder judicial en Francia y en Norteamérica es que han surgido dos modelos diferentes de Poder Judicial: el continental y el anglosajón. Mientras que éste es caracterizado por la supremacía de los derechos, aquél lo es por la supremacía de la ley.

## IX)

El Estado Liberal de Derecho, notadamente abstencionista, inclusive en el área de los derechos sociales, pero totalmente intervencionista en pro de la propiedad privada y de los intereses de la burguesía, entró en crisis. Sin embargo, las conquistas que dicen respecto a los fundamentos del Estado de Derecho y a las conquistas en el ámbito de las garantías y derechos individuales no sólo no tienen nada que ver con la causa de esta crisis, sino que no fueron superadas. Al contrario, figuran hasta hoy como postulados rectores en las constituciones de los Estados de Derecho.

Tras las falsas soluciones de carácter totalitario, que en realidad no eran más que la reunión de todos los aspectos negativos del liberalismo, sin que estuviesen presentes ninguna de sus ventajas, se instituyó el Estado Social de Derecho. Se caracteriza por ser un Estado interventor, superador del individualismo, con vistas a propósitos de carácter social pero sin que tal carácter le identifique a los sistemas totalitarios. Asume el Estado Social un amplio pacto social con compromiso por el Estado para las políticas de bienestar, en áreas como sanidad, vivienda o educación, además de reconocer públicamente corporaciones económicas y profesionales, asociaciones patronales y sindicales, entre otras, que a partir de entonces se multiplicaron.

El Estado Social busca hacer efectivas todas las libertades, derechos civiles y políticos, que eran solamente proclamados por el Estado Liberal, pero no garantizados. Para tanto, la importancia del papel de la Administración crece, pues es el Gobierno el responsable

de incrementar el desarrollo económico-social con vistas a la consecución de una sociedad de bienestar. Por ello, a la medida que se exige más capacidad dispositiva y decisoria de la Administración, se exige también más control y responsabilidad jurídica.

El principio de la división de poderes sufre una relectura en el Estado Social de Derecho, pues el sistema es más complejo y un mismo poder cumple distintas funciones y una misma función es cumplida por los distintos poderes, sin que ello resulte en una quiebra de tal principio, sino que es una adaptación a las nuevas exigencias del Estado. En éste mismo contexto, buscando cumplir con los nuevos fines a que se propone el Estado Social de Derecho, el ordenamiento jurídico asume el compromiso político de transformación del orden social, nortado por la Constitución. El juez, a su vez, debe asumir un papel distinto también, con el fin de absorber la complejidad que otrora no había, lo que significa que el juez “boca de la ley” no responde más a las exigencias derivadas de estas mutaciones.

### **X)**

El Estado Social actual, llamado por muchos de “Estado de bienestar” no es todavía Estado Democrático de Derecho. Es que para que de hecho exista un Estado de bienestar social general hay que existir conjuntamente una economía súper desarrollada de plena producción y pleno empleo. Elías DÍAZ es el principal defensor de ésta tesis. Sostiene que el neocapitalismo, en cuanto sistema económico del Estado Social, limita en muchos puntos la busca por

esta situación de bienestar. El Estado Social es, así, un paso más rumbo al Estado Democrático de Derecho.

En que pesen estas teorías, la realidad es que la Constitución Española proclama que el Estado español es un “Estado Social y Democrático de Derecho”. El precepto configura parte de la esencia de la Constitución, tiene carácter rector, pues compone y sostiene las demás normas del ordenamiento jurídico.

La expresión utilizada por la Carta Magna representa el propio Estado Democrático de Derecho denominado por Elías DÍAZ, con la diferencia de que el autor lo hace de una manera menos compleja y más sencilla, pero atribuyendo el mismo significado. El término Estado Social y Democrático de Derecho es, así, una totalidad compuesta por tres componentes inseparables en interacción recíproca, o sea, el objetivo social, la concepción ascendente o democrática del poder y la sumisión de ambos términos a la disciplina del Derecho. Solamente a través de una “interdependencia significativa”, es decir, entender el estado de Derecho en función de su conexión con el principio social y el principio democrático del Estado, es posible dar el sentido verdadero a la fórmula consagrada del Estado Social y Democrático de Derecho.

## **XI)**

El Poder Judicial del Estado Social y Democrático de Derecho asume un papel protagonista, considerablemente actuante, a fin de cumplir las nuevas metas a que se propone el Estado. El juez,



entonces, asume la función de defensa de los derechos de los ciudadanos y de control de los actos de los poderes públicos.

Los principios constitucionales que informan la configuración del Poder Judicial son: la sumisión del imperio a la ley, la independencia, la inamovilidad y la responsabilidad. De todos ellos, es en el principio de la sumisión al imperio de la ley que es posible encontrar la respuesta para la legitimación del Poder Judicial. Pero no debe ser entendido de la misma manera que lo era cuando de su nacimiento. Hoy, la verdad es que ha sufrido un cambio de paradigma, y la comprensión de su sentido actual sólo es posible si analizado desde otra perspectiva.

Por tanto, la figura del juez vinculado a la letra de la ley, que sólo “dice el derecho”, debe ser sustituida por la del juez sometido a todo el ordenamiento jurídico en su conjunto, principalmente a la Constitución. En las hipótesis en que existen conceptos jurídicos indeterminados que deben ser concretados por el juzgador, la ley deja un hueco, lo que dificulta el entendimiento de cómo puede darse ese sometimiento a la ley. La solución está en establecer límites en la actividad creadora del juez, siendo el primer límite la Constitución, seguida de la ley y del sistema de fuentes.

Los demás principios son corolarios de la sumisión al imperio de la ley y, al mismo tiempo, están todos conectados. Así, el principio de la independencia judicial es asegurado por la vinculación del juez a la ley, y avalado por dos garantías: la de inamovilidad de los jueces y magistrados y la de garantía institucional de la independencia

judicial (Consejo General del Poder Judicial). Todavía, hay que concebir de forma armónica con el principio de independencia el principio de responsabilidad, ya que los jueces y magistrados no sólo son independientes, sino que, además, son responsables.

## **XII)**

Los poderes del Estado, incluso el Poder Judicial, emanan de la soberanía, la cual, por su vez, reside en el pueblo, lo que lleva a concluir que la propia justicia emana del pueblo. Sin embargo, hoy, en el Estado Social y Democrático de Derecho, el pueblo ha transferido para los Juzgados y Tribunales el monopolio de la justicia.

Ahora bien, delante de lo expuesto, la legitimación del Poder Judicial es cuestionada, ya que la soberanía popular ha transferido el monopolio de la justicia. Hay cuatro tesis que intentan dar respuesta a la cuestión planteada: de la justicia popular, de la designación ministerial, de la legitimación a través del proceso y, finalmente, de la vinculación del juez a la ley. Las primeras tres teorías no ofrecen fundamentos suficientes para legitimar la actuación del Poder Judicial, veamos:

1. La teoría de la Justicia popular supone que la designación popular del oficio judicial, y puede presentarse en el sistema de Jurados y en el de la justicia popular. Respecto de la institución del Tribunal de Jurados, aunque exista una legitimación democrática, por participación popular en la justicia, puede generar problemas, como su preparación y falta de objetividad, allá de su posible manipulación. El sistema de la justicia popular, por el cual los jueces son elegidos

por el pueblo, presenta problemas: de hecho, existe una legitimación, pero limitada porque hay una verdadera falta de independencia e imparcialidad del juez frente a su electorado. Además, este sistema no garantiza el acceso al oficio judicial de los más capaces, lo que representa un riesgo de debilitar la selección en el terreno profesional.

2. Mejor suerte no tiene la teoría de la designación ministerial. La selección y promoción de los jueces por el Ministro de Justicia significa una falta de independencia del Poder Judicial frente al Ejecutivo.

3. La legitimación a través del proceso tampoco se justifica, pues el proceso no constituye el fin o la causa de la jurisdicción, sino el instrumento para la correcta aplicación del Derecho.

4. La vinculación del juez a la ley y la independencia del juzgador legitiman la atribución del pueblo a los Juzgados y Tribunales del monopolio de la actividad jurisdiccional. El dogma de la vinculación del juez a la ley, juntamente con el principio de la división (o separación) de los poderes sigue siendo el principal fundamento de la legitimación del Poder Judicial en los Estados de Derecho.

Así, para que exista la legitimación del Poder Judicial han que estar presentes independencia y vinculación del juez a la ley. Es la independencia que permite que los jueces apliquen correctamente el Derecho a los casos concretos, ya que es ella que asegura también la imparcialidad. La sumisión únicamente al imperio de la ley garante

la legitimación del juez porque la ley es democráticamente elaborada y resultado de la voluntad general; el juez, a su vez, en su actividad está a ella vinculado, lo que supone, al final, que indirectamente a través de la ley el juez también está democráticamente legitimado.

Sin embargo, la vinculación del juez a la ley, actualmente, es más compleja que antes, una vez que cambios significativos ocurrieron en el Estado, que sufrió significativas transformaciones desde los eventos revolucionarios liberales, en la sociedad, en los ordenamientos jurídicos y, especialmente, en el propio Poder Judicial. Eso porque los valores aspirados por la sociedad, tras las conquistas de la Revolución Francesa eran, esencialmente, la libertad y la seguridad. Hoy, por otro lado, la sociedad, mas allá de valores como la seguridad jurídica y la libertad aspira por justicia. A cada día hay el surgimiento de situaciones inéditas al Derecho y, por tanto, carentes de tratamiento legal, mismo frente a la multiplicación incontenible de leyes. Así, el ámbito creador del juez es cada vez más amplio porque el propio legislador, en el intento de solucionar este problema, deja al juez una mayor libertad para las decisiones en el caso concreto. Viene ocurriendo una serie de transformaciones en el ordenamiento jurídico, como el uso de cláusulas generales, conceptos jurídicos indeterminados o mismo el alargamiento de la legitimación procesal, con la finalidad de protección de intereses difusos y colectivos.

La consecuencia de todo ello es que el Poder Judicial ha asumido un papel protagonista. El papel del juez ha crecido significativamente y la figura del juez que sólo dice el Derecho no es

más suficiente ante tantas transformaciones en el ordenamiento jurídico, mucho más complejo que antes.

Sin embargo, hay que tener límites en la actuación del juez, de manera a equilibrar la exigencia de su actuación delante de las transformaciones de los ordenamientos de los Estados, garantizando, asimismo, su legitimación. Por ello, somos contrarios a los activismos judiciales, basados en decisionismos y en convicciones personales del juzgador.

### **XIII)**

Ahora bien, tras el análisis de la problemática que envuelve el tema objeto del presente estudio, extraemos algunas posibles soluciones que representan, en realidad, un conjunto de alternativas que otorgan legitimación al Poder Judicial delante de los conceptos jurídicos indeterminados. Así, fueron constatadas las siguientes alternativas:

### **XIV)**

La vinculación del juzgador al Derecho, que supone que, más allá del juez estar vinculado a la ley, lo está al Derecho. Pero no están incluidos en el concepto de Derecho las normas de Derecho natural y la doctrina científica. Tampoco pueden estar dentro del concepto la doctrina dominante y la Jurisprudencia, que más bien sirven para discutir o ayudar en la decisión del juez, pero nunca vincularán.

La ley, así, no es la fuente exclusiva de la decisión judicial. Entender la vinculación del juzgador al Derecho, y no simplemente a

la ley, sería una forma de concebir la legitimación del Poder Judicial a partir del sistema de fuentes del Derecho. No se puede negar que en el momento en que el juez concreta un concepto jurídico indeterminado, el juez recurre a criterios extrajurídicos, principios y juicios morales.

Además, otra cuestión debe ser considerada. La vinculación al precedente no puede darse porque la independencia y la imparcialidad del juzgador pueden ser afectadas.

Entonces, entendemos que la jurisprudencia no tiene fuerza vinculante, pero puede ser utilizada por el juzgador, si fuera útil, para proferir su fallo, cuando hay que concretar una ley que presente un concepto indeterminado.

## **XV)**

El método ejemplificativo es la segunda alternativa para legitimar el Poder Judicial delante de los conceptos jurídicos indeterminados. La utilización por el legislador del método casuístico o ejemplificativo en la elaboración de una ley que contiene un concepto jurídico indeterminado es de gran valía para el juzgador. Se ofrece una herramienta a más al juez que, en el momento de determinar el concepto jurídico, ya tiene de antemano señalado, por lo menos, los rumbos que su concreción debe tomar. A través de este método, se mantiene las ventajas tanto del concepto jurídico indeterminado como del determinado, reduciendo, al mismo tiempo, sus inconvenientes y constituyendo, así, el equilibrio perfecto entre la formulación legal flexible y la precisa.

Así, la técnica de recurrirse a ejemplos típicos como método intermedio entre la casuística y los conceptos jurídicos indeterminados brinda con una mayor flexibilidad el ordenamiento jurídico, sin desabonar la seguridad jurídica.

### **XVI)**

La propuesta de FERRAJOLI es la tercera alternativa para la legitimación del Poder Judicial delante de los conceptos jurídicos indeterminados. Propone el establecimiento de un nuevo sistema, el sistema garantista, que es resultado de una relectura del modelo positivista básico. Específicamente en lo que dice respecto al poder Judicial, sostiene la redefinición de la función del juez, dado que la mera sujeción del juez a la ley no ofrece más respuestas para la legitimación del Poder Judicial, debiendo, así, el juez estar sometido a la ley válida, es decir, coherente con la Constitución. Asume, así, el papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos.

Sin embargo, hay otros puntos de la teoría de FERRAJOLI que deben ser considerados, ya que, estamos de acuerdo con algunos, pero refutamos firmemente otros.

Como ya hemos afirmado, no concordamos con el autor cuando sostiene que son los conceptos jurídicos indeterminados vicios del ordenamiento jurídico, producto de la crisis del principio de legalidad, que afectaría el lenguaje legal y que, por ello, deberían ser eliminados.

Defendemos la idea de que constituyen una técnica legislativa necesaria para llevar a cabo los nuevos fines propuestos por el Estado Social y Democrático de Derecho.

Tampoco compartimos con la solución apuntada por él, de eliminación de los conceptos jurídicos indeterminados del ordenamiento jurídico, proponiendo, para llevarse a cabo la tarea, la retomada a los programas de Ciencia de la legislación integrándola con el de la Ciencia de la Constitución.

A una, porque el legislador ha hecho la elección por la técnica porque entiende ser la mejor forma para la elaboración de la ley. No es por desconocimiento de los métodos que opta por la utilización de ese instrumento. El legislador deja, voluntariamente, al juez, el concepto indeterminado, por todas las ventajas que presenta. Otras veces, no hay otra manera de regularse el supuesto de hecho y ha tenido que utilizar la técnica, pero consciente de sus características.

A dos, porque complicaciones e inconvenientes no aparecen solamente en razón de la falta de claridad, precisión, rigor o porque el lenguaje esté mal formado. El problema surge en el momento de determinar su correspondencia de la ley con la realidad.

La presencia de conceptos jurídicos indeterminados en los ordenamientos jurídicos contemporáneos es una realidad. Son consecuencia de tantas transformaciones del Estado contemporáneo, y su extirpación es prácticamente impensable, ya



que seguramente es impedir que muchas de las conquistas advenidas juntamente con este nuevo Estado se queden inertes, por cuenta de una legislación que no es capaz de prever situaciones y reglar conductas necesarias en este Estado.

Entonces, aunque la Teoría de FERRAJOLI sea loable en muchos aspectos, notablemente en lo que dice respecto a la legitimación democrática de la independencia del juez, en este aspecto, para el problema planteado en el presente trabajo, no se puede admitir que la solución encontrada por él sea simplemente que no se legisle más por conceptos jurídicos indeterminados.

Otro punto de la teoría e FERRAJOLI que fue analizado y que, por otro lado, estamos de acuerdo, es que, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, es necesaria la fusión entre el razonamiento jurídico y el razonamiento moral. Sin embargo, No hablamos de los modelos que podrían poner en riesgo los fundamentos del Estado de Derecho, permitiéndose instalar una verdadera dictadura del Poder Judicial. Este escenario es perfectamente visible si se admite un activismo judicial exacerbado, sin límites, donde las convicciones personales del juzgador y la arbitrariedad estarían por encima de la ley, fuente de la legitimación democrática.

Lo que es interesante es que FERRAJOLI, aunque admita la existencia de estos juicios morales necesarios en los casos de conceptos jurídicos indeterminados, por ejemplo, propone la extirpación de las figuras indeterminadas del ordenamiento jurídico.

Entonces, lo que podemos concluir, es que su teoría es insuficiente para dar respuesta total al problema. Entonces, compartimos las conclusiones de ATIENZA e KARAN, de que se trata de una teoría poco desarrollada en el área de la interpretación.

Así, estamos de acuerdo con la idea de la creación de una teoría de la decisión, con el objetivo de orientar y limitar la actuación de los jueces en el proceso de aplicación del Derecho. Sin duda, sería una herramienta útil para el actuar de los jueces en la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados, dentro de los parámetros de la propuesta del garantismo.

## **XVII)**

La cuarta alternativa es la motivación de las sentencias, puesto que constituye el fundamento de la legitimación del Poder Judicial. La obligatoriedad de motivar es un imperativo constitucional (art. 120.3 CE) y es a través de la motivación que el juez, administrador del poder jurisdiccional, presta cuentas al pueblo, verdadero titular de este poder. Debe presentar tres requisitos esenciales: racionalidad, coherencia y razonabilidad, que serán exigidos en mayor grado cuan mayor fuera el grado de la libertad de decisión. Para ser racional, la decisión debe estar fundada en Derecho, y la coherencia supone la ausencia de contradicción entre los argumentos y las premisas del discurso justificativo (coherencia interna) o dice respecto a las relaciones entre motivación y fallo, o entre motivación y otras resoluciones ajenas a la sentencia (coherencia externa). La razonabilidad, o la necesidad de justificación razonable de las decisiones judiciales adoptadas, es un componente

que debe acompañar a la racionalidad. Sin embargo, cuando se trata de decisiones discrecionales, en que el juez puede optar entre dos o más soluciones racionales, el juez deberá escoger la solución más razonable, lo que convierte la razonabilidad, así, en un criterio de decisión, motivo por el cual debe venir justificada autónomamente.

Un concepto jurídico indeterminado constituye un amplio margen de libertad dejado por la propia ley al juez. Por tanto, los requisitos serán exigidos en un grado mayor, pues sólo así es posible verificar que la decisión judicial se encuentra dentro de los límites fijados por el sistema, y no configura una decisión arbitraria, funcionando la motivación como instrumento de control de la sumisión del juez a la ley en la interpretación judicial.

Cuando el juez realiza una interpretación, debe atribuir una carga de valor a los conceptos indeterminados que aparezcan en el supuesto de hecho normativo. Ello supone que allá de la justificación de la racionalidad y de la coherencia, hay que existir también la justificación autónoma de la razonabilidad, pues se trata evidentemente de una decisión discrecional.

Entendemos, por lo tanto, que el juez debe utilizar la razonabilidad para motivar de forma correcta sus decisiones (el juez razonable), es decir, buscar más allá de su validez o cumplimiento formal de los requisitos exigidos, debe buscar la consecución de los criterios de la motivación correcta, o sea, perquiriendo acerca de la justicia de la de la justicia de la decisión.

Por tanto, la motivación es un indispensable mecanismo para evitar la arbitrariedad en la hora de concreción de los conceptos jurídicos indeterminados, constituyendo un instrumento limitador de la discrecionalidad del juez, lo que asegura su vinculación a la ley y la consecuente legitimación del Poder Judicial.

### **XVIII)**

Finalmente, la quinta y última alternativa encontrada en el desarrollo del presente estudio para la legitimación del Poder Judicial delante de los conceptos jurídicos indeterminados es la necesidad de formación de los jueces. Los jueces ni siempre están preparados para interpretar un ordenamiento jurídico que sufrió muchas transformaciones, sin que ello vulnere la legitimación del Poder Judicial. El Estado Social y Democrático de Derecho exige la actuación de un juez que asuma la función de garante de los derechos de los ciudadanos, y que, allá de la seguridad jurídica, tan necesaria, busque garantizar también la justicia de las decisiones. Así, su ejercicio debe ser orientado por: la sumisión al imperio de la ley, en los términos sostenidos en el decorrer del presente estudio; el valorismo, por el cual el juez, en su labor interpretativa, desarrolla una actividad creadora, llena de elecciones valorativas; y, finalmente, la proximidad social, es decir, el juez es una persona que se coloca *inter partes*, próximo, cercano a las partes y a los problemas en litigio, que interpreta no sólo la norma, sino también el conflicto ante a él planteado.

Aún, compartimos la idea de MALEM SEÑA, cuando propone que ese juez debe estar preparado también en el siguiente sentido: a) conocer el derecho a ser aplicado; b) conocer los hechos que son sometidos a la decisión; c) tener nociones de lógica; d) tener conocimiento de la realidad; e) tener conocimiento en materia lingüística.

Todavía, entendemos que se debe añadir a todos los criterios citados, algunos cambios en el sistema de reclutamiento de los jueces, propuestos por GUARNIERI e PEDERZOLI, promoviendo una aproximación entre la magistratura y las otras profesiones jurídicas, por medio del establecimiento de modalidades de formación común a las profesiones legales, favoreciendo una cultura común, con el fin de facilitar la adquisición por los jueces de capacidades profesionales, y no solamente teóricas.

Lo que es posible concluir es que la formación de los jueces no debe ser solamente inicial, sino que continuada, ya que “un personal mejor cualificado debería presentar comportamientos profesionalmente más responsables y por tanto más independientes”<sup>892</sup>. Y, asegurada su independencia, también lo estará su propia legitimación en el Estado Social y Democrático de Derecho.

---

<sup>892</sup> GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patricia. *Los jueces y la política – poder judicial y democracia*, Madrid, Ed. Taurus, 1999, traducción al castellano de RUIZ DE AZUA, Miguel Ángel, p. 176.

Así, con una adecuada formación de los jueces, en el sentido de prepararlos para las nuevas situaciones, a través de la afirmación de los valores, principios y postulados en que se asienta el Estado Social y Democrático de Derecho, es posible garantizar la legitimidad del Poder Judicial delante de los conceptos jurídicos indeterminados

### **XIX)**

Por lo tanto, ante todo lo afirmado, concluimos que, para que exista legitimación del Poder Judicial delante de los conceptos jurídicos indeterminados han de ser observadas las alternativas propuestas. De todas las presentadas, es importante tener en cuenta que de manera ninguna la adopción de una alternativa descarta la utilización de otra, sino que lo que pasa es el contrario: todas las alternativas son complementarias, de manera que todas responden, cada una en una parcela, al dilema inicialmente planteado de la legitimación del Poder Judicial delante de los conceptos jurídicos indeterminados.

Tampoco significa que se trate de un elenco cerrado, *numerus clausus*, sino que es un planteamiento que presenta algunas posibles soluciones para la cuestión objeto del presente estudio, sin que, de manera ninguna, se cierre la puerta para nuevos entendimientos y nuevas propuestas.

Es con base en estos fundamentos que se debe entender la legitimación del Poder Judicial delante de los conceptos jurídicos indeterminados en el Estado Social y Democrático de Derecho. De lo contrario, en nuestra opinión, los propios fundamentos del Estado de

Derecho estarían siendo gravemente vulnerados, y todo y cualquier planteamiento de la actividad judicial fuera de estos límites resultaría en un ejercicio ilegítimo.

## BIBLIOGRAFÍA

ADEODATO, José Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2002, 426 pp.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. “Interpretação”, en *Revista da Ajuris*, n. 45, marzo/1989, pp. 7-20.

ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Revista Doxa*, n. 5, 1988, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), fecha 27/08/2014, 21:30, pp. 139-151.

ALSTON, Willian P., *Filosofía del lenguaje*, 3ª edición, Madrid, Madrid Alianza, 1985, 161 pp.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de derecho constitucional*, 3ª.edición, Madrid, Ed. Tecnos, 2000, vol. II, 543 pp.

ALZAGA VILLAMIL, Óscar. “El poder judicial en las constituciones españolas”, en *Constitución y poder judicial: XXV aniversario de la constitución de 1978*, Madrid, Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2003, pp. 56-81.

ARA PINILLA, Ignacio. “Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, en *Anuario de filosofía del Derecho*, n. 21, 2004, disponible en <http://dialnet.unirioja.es> al 10/02/2015, pp. 107-124.

ARENDT, Hannah. *Sobre la revolución*, Madrid, Ed. Alianza, 1988, traducción al castellano de BRAVO, Pedro, 297 pp.

ARRUDA ALVIN WAMBIER, Teresa. Uma reflexão sobre as cláusulas gerais no Código Civil de 2002: a função social do contrato”, en *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 831, año 94, jan. 2005, pp. 59-79.



ASÍS, Rafael de. *El juez y la motivación en el derecho*, Madrid, Ed. Dykinson, 2005, 167 pp.

ASÍS ROIG, Rafael de. *Una aproximación a los modelos de estado de derecho*, Madrid, Ed. Dykinson, 1999, 164 pp.

ASSIS ROIG, Rafael de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, 306 pp.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ed. Ariel, 1996, 207 pp.

ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*, Barcelona, Ed. Ariel Derecho, 2001, 336 pp.

ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, Bracelona, Ed. Ariel, 2006, 316 pp.

ATIENZA, Manuel. "Tesis sobre Ferrajoli" en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, 2008, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com>, fecha 21/04/2014, 22:30, pp. 213-216

AVELÃS NUNES, António José. "A constituição europeia: a constitucionalização do neoliberalismo", en MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Organizador). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2006, p. 63-118.

AYUSO, Miguel. *De la ley a la ley: cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2001, 78 pp.

BADENES GASSET, Ramón. *Metodología del derecho*, 1ª edición, 2ª reimpresión, Barcelona, Ed. Bosch, 2000, 362 pp.

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *La interpretación de la constitución por la jurisdicción ordinaria*, Madrid, Ed. Civitas, 1990, 194 pp.

BARBERIS, Mauro. "Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral", en CARBONEL, Miguel (edición de).

*Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Madrid, Trotta-UNAM, 2009, traducción al castellano de SASTRE ARIZA, Santiago, pp. 259-278.

BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, en *Revista de direito do Estado*, jan./mar. 2009, n. 13, pp. 68-98.

BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo”, en *Revista da Faculdade de Direito- UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012, disponible en <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>, fecha 25/02/2014, 21:20, pp. 1-50.

BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”, en *Jus Navegandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 2005, disponible en <http://jus.com.br/artigos/7547>, fecha 25/02/2014, 22:01.

BELLOSCO MARTÍN, Nuria. *El control democrático del poder judicial en España*, Curitiba, Ed. Moinho do Verbo, 1999, 211 pp.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor de la constitución*, Madrid, Ed. Alianza, 1998, 384 pp.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. *La constitución de 1978*, Madrid, Ed. Alianza, 2003, 347 pp.

\_\_\_\_\_. “El estado social y el derecho político de los norteamericanos”, en *Fundamentos: cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público y historia constitucional*, dirigido por PUNSET BLANCO, Ramón, BASTIDA FREIJEDO, Francisco J y VARELA SUANZES, Joaquín, Oviedo, Ed. Junta General del Principado de Asturias, 2000, vol. 2, pp. 97-164.

\_\_\_\_\_. “La configuración del concepto de constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana”, en *Working Paper Institut de Ciències Polítiques i Socials*, n. 117, Barcelona, 1996, disponible en [www.diba.es/icp/working\\_papers/wp\\_i\\_117.pdf](http://www.diba.es/icp/working_papers/wp_i_117.pdf), fecha 26/01/04, 12hs45min.

BLASCO GASCÓ, Francisco de P. “Sobre la necesidad de formación de los jueces”, en *Jueces para la democracia*, n 38, julio/2000, pp. 17-22.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*, Madrid, Ed. Debate, 1996, traducción al castellano de ROZO ACUÑA, Eduardo, 278 pp.

BOSCH GRAU, Ximo. “El estado social y sus detractores”, en *Jueces para la democracia*, n. 71, julio/2011, pp. 40-50.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2000, traducción al castellano de AGAPITO SERRANO, Rafael de, 201 pp.

BULYGIN, Eugenio. “Algunas reflexiones sobre lagunas y antinomias en *principia iuris*”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, 2008, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com>, fecha 25/05/2015, 13:01, pp. 227-232

BULYGIN, Eugenio. “Los jueces ¿crean derecho?”, en *La función judicial. Ética y democracia*, compiladores MALEN, Jorge, OROZCO, Jesús y VÁZQUEZ, Rodolfo, Barcelona, Ed. Gedisa, 2003, 21-37 pp.

CADEMATORI, Sérgio Urquhart de y STRAPAZZON, Carlos Luiz. “Sistema garantista e protagonismo judicial”, en *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, dirección de FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz e KARAN TRINDADE, André, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2012, pp. 207-227.

CALSAMIGLIA, Alberto. *Introducción a la ciencia jurídica*, 3ª edición, Barcelona, Ed. Ariel, 1990, 155 pp.

CÁMARA VILLAR, Gregorio. “Justicia y política en la España democrática: una reflexión a propósito de los llamados ‘jueces estrella’ y la judicialización de la política”, en *Revista de derecho político*, n. 47, 2000, pp. 27-52.

CAPELLA, Juan Ramón. *El derecho como lenguaje: un análisis lógico*, Barcelona, Ed. Ariel, 1968, 317 pp.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?*, Porto Alegre, Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1999, traducción al portugués de OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de, 134 pp.

\_\_\_\_\_. “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la ‘justicia constitucional’”, en *Revista española de derecho constitucional*, n. 17, 1986, pp. 9-46.

CARBONELL, Miguel (Ed). *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición., Madrid. Ed. Trotta - UNAM, 2009, 286 pp.

CARBONELL, Miguel. “Nuevos tempos para el constitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel (Ed). *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición., Madrid. Ed. Trotta - UNAM, 2009, pp. 9-12.

CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid, Ed. Trotta - UNAM, 2007, 334 pp.

CARBONELL, Miguel. “El neoconstitucionalismo en su labirinto”, en CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid, Ed. Trotta - UNAM, 2007, pp.9-28.

CLAVERO, Bartolomé. *Los derechos y los jueces*, Madrid, Ed. Civitas, 1988, 94 pp.

\_\_\_\_\_. *Institución histórica del derecho*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1992, 229 pp.

COLMENERO GUERRA, José Antonio. *El recurso de suplicación: doctrina, jurisprudencia y formularios*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001, 606 pp.

COLMENERO GUERRA, José Antonio. “Ciudadanía y justicia. Eficacia y legitimidad de la administración de la justicia”, en *Nuevas políticas públicas, Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n. 5, 2009, pp. 117-137.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignácio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2003, 454 pp.

\_\_\_\_\_. “La motivación de las sentencias: aproximación a un modelo”, en *Revista de Derecho Procesal*, n. 1-3, 2001, pp. 129-174.

CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006, 140 pp.

DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, 430 pp.

DELGADO DEL RINCÓN, Luis Esteban. *Constitución, poder judicial y responsabilidad*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, 601 pp.

DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Ed. Taurus, 1998, 203 pp.

\_\_\_\_\_. “Estado de derecho y legitimidad democrática”, en *Estado, justicia, derechos*, eds. DÍAZ, Elías y COLOMER, José Luis, Madrid, Ed. Alianza, 2002, pp. 75-104.

DÍEZ MORENO, Fernando. *El estado social*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, 311 pp.

DÍEZ PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª edición, Barcelona, Ed. Ariel, 1999, 317 pp.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006, 589 pp.

DUGUIT, León. *La separación de poderes y la asamblea nacional de 1789*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, 134 pp.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ed. Ariel, 1995, traducción al castellano de GUASTAVINO, Marta, 508 pp.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2002, traducción al portugués de BOEIRA, Nelson, 568 pp.

DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*, 2ª edición, Barcelona, Ed. Gedisa, 2012, traducción al castellano de FERRARI, Claudia, 328 pp.

ENDICOTT, Timothy A. O.. *La vaguedad en el derecho*, Madrid, Ed. Dykinson S. L., 2006, traducción al castellano de REAL ALCALÁ, J. Alberto y VEGA GÓMEZ, Juan, 303 pp.

ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1968, traducción al castellano de GIL CREMADES, Juan José, 533 pp.

\_\_\_\_\_. *Introducción al pensamiento jurídico*, Granada, Ed. Comares, 2001, traducción al castellano de GARZÓN VALDÉS, Ernesto, 259 pp.

ERNST, Carlos. “Independencia judicial y democracia” en MALEM, Jorge, OROZCO, Jesús y VÁZQUES, Rodolfo (compiladores), *La función judicial: ética y democracia*, Barcelona, Gedisa Editorial, pp. 235-244.

ESTEBAN, Jorge de. “El poder judicial, comentario introductorio al título VI”, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirigido por ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, Madrid, Ed. Reunidas, 1998, Tomo IX, pp. 263-286.

FARIA, José Eduardo. “As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades sociais”, en *Direito humanos, direitos sociais e justiça*, São Paulo, Ed. Malheiros, 1998, pp. 48-73.

FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2008, 132 pp.

FERNÁNDEZ-CARNICERO, Claro J. “Parlamentos y poder judicial”, en *El poder judicial en el bicentenario de la revolución francesa*, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia – Centro de Publicaciones, 1990, vol. 5, pp. 175-184.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso. “El estado social”, en *Revista española de derecho constitucional*, n. 69, septiembre/diciembre 2003, pp. 139-180.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, traducción al castellano de PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ y ANDREA GREPPI, 180 pp.

\_\_\_\_\_. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 4ª edición, Madrid, Ed. Trotta, 2000, traducción al castellano por PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ y otros, 991 pp.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*, 2ª ed., Madrid, Ed. Trotta, edición de CARBONELL, Miguel, 2010, 376 pp.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, traducción al castellano de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, BAYÓN, Carlos, GASCÓN, Marina, PRIETO SANCHÍS, Luis y RUIZ MIGUEL, Alfonso, vol. 1, pp. 952.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, traducción al castellano de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, BAYÓN, Carlos, GASCÓN, Marina, PRIETO SANCHÍS, Luis y RUIZ MIGUEL, Alfonso, vol. 2, 952 pp.

FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del estado de derecho”, en *Revista internacional de filosofía política*, n. 17, 2001, pp. 31-45.

FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del estado de derecho”, en CARBONELL, Miguel (Ed). *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid. Ed. Trotta - UNAM, 2009, traducción al castellano de ALLEGUE, Pilar, pp. 13-29.

FERRAJOLI, Luigi. “Para una refundación epistemológica de la teoría del derecho”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez: un panorama de la filosofía jurídica y política*. Granada, Ed. Universidad de Granada, 2010, n. 44, pp 417-434.

FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34, 2011, traducción al castellano de GUZMÁN, Nicolás, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), fecha 25/04/2014, 22:20, 15-53 pp.

FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz y TRINDADE, André Karan (Organizadores). *Garantismo, hermenêutica e*

*neo(constitucionalismo): um debate com Luigi Ferrajoli*, Porto Alegre, Ed. Livraria do advogado, 2012, 260 pp

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*, 3ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 2003, 362 pp.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid, Ed. Trotta, 2014, traducción al castellano de MORA CAÑADA, Adela y MARTÍNEZ NEIRA, Manuel, 157 pp.

FLORES PRADA, Ignacio. *El Ministerio Fiscal en España*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999, 711 pp.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*, 4 edición, Madrid, Ed. Civitas, 1994, 150 pp.

\_\_\_\_\_. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Ed. Civitas, 1999, 110 pp.

\_\_\_\_\_. “La aplicación del derecho en los sistemas políticos continentales”, en *La crisis del derecho y sus alternativas*, Madrid, Ed. Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 19-35.

\_\_\_\_\_ y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, 11ª. edición, Madrid, Ed. Civitas, 2002, vol. I, 837 pp.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel (edición de). *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Madrid, Trotta-UNAM, 2009, pp. 164-186.

GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel. “Poder Judicial y Estado Social: legalidad y resistencia constitucional”, en *Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, Cord. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, Madrid, Ed. Trotta, 1996, pp. 59-84.

GARCÍA MORILLO, Joaquín. *La democracia en España*, Madrid, Ed. Alianza, 1996, 448 pp.



GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*, 2ª edición, 10ª reimpresión, Madrid, Ed. Alianza Universidad, 1996, 224 pp.

GARCÍA SALGADO, María José. “Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean” en *Anuario de filosofía del derecho*, disponible en <http://dialnet.unirioja.es> al 24/04/2014 n. 20, 2003, pp. 103-130.

GARRIDO GÓMEZ, Maria Isabel. *Las transformaciones del derecho en la sociedad global*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi-Thompson Reuters, 2010, 228 pp.

GARRORENA MORALES, Angel. *El estado español como estado social y democrático de derecho*, Madrid, Ed. Tecnos, 1987, 254 pp.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1999, 230 pp.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción al derecho procesal*, 2ª edición, Madrid, Ed. Colex, 2004, 328 pp.

\_\_\_\_\_, MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Introducción al derecho procesal*, 3ª. edición, Madrid, Ed. Colex, 2000, 379 pp.

GRAU, Eros. *Interpretación y aplicación del derecho*. Madrid, Dykinson S. L., 2007, 274 pp.

GREPPI, Andrea. “Semántica, pragmática y democracia”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N. 34, 2011, disponible en <http://cervantesvirtual.com>, fecha 02/02/2014, 08:01, pp. 139-152.

GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patricia. *Los jueces y la política – poder judicial y democracia*, Madrid, Ed. Taurus, 1999, traducción al castellano de RUIZ DE AZUA, Miguel Ángel, 209 pp.

GUASTINI, Riccardo. “Legislación y jurisdicción en la teoría del derecho”, en *La crisis del derecho y sus alternativas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 263-317.

GUSATINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONEL, Miguel (edición de). *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Madrid, Trotta-UNAM, 2009, traducción al castellano de LUJAMBAIO, José María, pp. 49-73.

GUZMÁN FLUJA, Vicente C. *El recurso de casación civil: control de hecho y de derecho*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996, 222 pp.

HAMILTON, Alexander. “El federalista, nº 78”, en *Artículos federalistas y antifederalistas: el debate sobre la constitución americana*, selección y introducción de SÁNCHEZ- CUENCA, Ignacio y LLEDÓ, Pablo, Madrid, Ed. Alianza, 2002, traducción al castellano de LLEDÓ, Pablo, pp. 195-204

HART, Herbert L. A. *El concepto de derecho*, 2ª edición, Buenos Aires, 1968, Ed. Abeledo-Perrot, traducción al castellano de CARRIÓ, Genaro R., 332 pp.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1984, traducción al castellano de FRANCISCO MUÑOZ CONDE y LUIZ ARROYO ZAPATERO, 428 pp.

\_\_\_\_\_. “Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley”, en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Ed. Debate, 1992, traducción al castellano de MARTÍNEZ BRETONES, María Virginia, pp. 199-217.

HECK, Philipp. *El problema de la creación del derecho*, Granada, Ed. Comares, 1999, traducción al castellano de ATIENZA, Manuel, 98 pp.

HENKE, Horst-Eberhard. *La cuestión de hecho: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, traducción al castellano de TOMAS A. BANZHAF, 387 pp.

HERNÁNDEZ MARTÍN, Valeriano. *Independencia del juez y desorganización judicial*, Madrid, Ed. Civitas, 1991, 213 pp.

HERNANDO SANTIAGO, Francisco José. “Poder judicial y constitución” en *Constitución y poder judicial: XXV aniversario de la*

*constitución de 1978*, Madrid, Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2003, pp. 7-28.

HOBBSAWM, Eric. *La era de la revolución: 1789-1848*, Barcelona, Ed. Crítica, 2001, traducción al castellano de XIMENES DE SANDOVAL, Felipe, 340 pp.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *Discrecionalidad técnica, motivación, y control jurisdiccional*, Madrid, Ed. Civitas, 1998, 165 pp.

\_\_\_\_\_. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, 239 pp.

IPPOLITO, Franco. “La formación de los magistrados”, en *Jueces para la democracia*, n. 50, 2004, pp. 21-24.

ITURRALDE SESMA, Victoria. *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2003, 486 pp.

ITURRALDE SESMA, Victoria. *Interpretación literal y significado convencional*, Madrid, Marcial Pons, 2014, 146 pp.

ITURRALDE SESMA, Victoria. “Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas”, en *Anuario de filosofía del derecho*, n. 5, 1988, p. 349-382.

JELLINEK, G. *Teoría general del estado*, Granada, Ed. Comares, 2000, traducción al castellano de DE LOS RÍOS URRUTI, Fernando, y edición a cuidado de MONEREO PÉREZ, José Luis, 788 pp.

KARAN TRINDADE, André. “Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasiliis*”, en *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, dirección de FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz e KARAN TRINDADE, André, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2012, pp. 95-131.

KARAN TRINDADE, André y SANTOS DE MORAIS, Fausto. “Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira”, en *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 53, 2011, pp. 137-164.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1999, traducción al castellano de VILLAR, Luis y MONTROYA, Ana María, 656 pp.

KAUFMANN, Arthur. "Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho", en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Ed. Debate, 1992, traducción al castellano de MARTÍNEZ BRETONES, María Virginia y ROBLES MORCHÓN, Gregorio, pp. 47-141.

KRELL, Andreas J. "A recepção das teorias alemãs sobre 'conceitos jurídicos indeterminados' e o controle da discricionariedade no Brasil", en *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, n.2, 2004, pp. 33-78

LAPORTA, Francisco J. *El imperio de la ley: una visión actual*, Madrid, Ed. Trotta, 2007, 283 pp.

LAPORTA, Francisco J. "Imperio de la ley y seguridad jurídica", en *Estado, justicia, derechos*, eds. DÍAZ, Elíaz y COLOMER, José Luis, Madrid, Ed. Alianza, 2002, pp. 105-132.

LAPORTA, Francisco J. "La creación judicial y el concepto de derecho implícito", en *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 6, enero/2002, pp. 133-151.

LAPORTA, Francisco J. "El imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta", en *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, núm. 0, octubre 2008, pp. 46-55.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª edición, Barcelona, Ed. Ariel Derecho, 2001, traducción al castellano de RODRÍGUEZ MOLINERO, M., 536 pp.

LIFANTE VIDAL, Isabel. "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho* n. 25, 2002, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com.br>, al 28/08/2014, 21:31, pp 413-439.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, 2ª edición, Barcelona, Ed. Ariel, 1979, traducción al castellano de GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, 619 pp.

LÓPEZ GUERRA, Luis. “La legitimidad democrática del juez”, en *Cuadernos de derecho público*, n.1, 1997, pp. 43-76.

LÓPEZ LÓPEZ, Angel M. “Independencia, imparcialidad, objetividad del juez: notas para una reflexión sobre la actividad jurisdiccional y la separación de poderes”, en *Revista Justicia*, n. IV, 1986, pp. 951-965.

LÓPEZ ULLA, Juan Manuel. *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*. Madrid, Ed. Tecnos, 1999, 146 pp.

LÓPEZ VILAS, Ramón. *La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*, Madrid, Ed. Civitas, 2002, 182 pp.

LORENTE SARIÑENA, Marta. “Reflexiones sobre la casación en una época revolucionaria”, en *El poder judicial en el bicentenario de la revolución francesa*, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia – Centro de Publicaciones, 1990, vol. 5, pp. 207-215.

\_\_\_\_\_. “Reflexiones sobre la revolución”, en *Historia de la teoría política*, compilación de VALLESPÍN, Fernando, Madrid, Ed. Alianza, 1991, vol. 3, pp. 163-226.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha por el estado de derecho*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, 156 pp.

\_\_\_\_\_ y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. *Manual de derecho político*, 3ª edición, Madrid, Ed. Tecnos, 1994, vol. I, 324 pp.

MACKAAY, Erjan y ROUSSEAU, Stéphane, *Análise econômica do direito*, 2ª ed, Rio de Janeiro, Ed. Atlas, traducción al portugués de SZTJAN, Rachel, 808 pp.

MACKAAY, Erjan, “Le nozione ‘fluide’ in diritto ovvero l'economia dell'imprecisione”, en *Rivista Informatica e Diritto*, n. 6, 1980, traducción al italiano de TORRETTA, Domenico, pp. 253-274, disponible en

<http://www.ittig.cnr.it/EditoriaServizi/AttivitaEditoriale/InformaticaEDiritto/Index.html>, acceso en 03/05/2015, 21:11

MADISON, James. "El federalista, nº 10", en *Artículos federalistas y antifederalistas: el debate sobre la constitución americana*, selección y introducción de SÁNCHEZ- CUENCA, Ignacio y LLEDÓ, Pablo, Madrid, Ed. Alianza, 2002, traducción al castellano de LLEDÓ, Pablo, pp. 66-75.

\_\_\_\_\_. "El federalista, nº 51", en *Artículos federalistas y antifederalistas: el debate sobre la constitución americana*, selección y introducción de SÁNCHEZ- CUENCA, Ignacio y LLEDÓ, Pablo, Madrid, Ed. Alianza, 2002, traducción al castellano de LLEDÓ, Pablo, pp.148-154.

MARTÍN PALLÍN, José Antonio. "La formación de los jueces en los procesos de cambio", en AÑÓN, María José y MIRAVET BERGÓN, Pablo (editores). *Derechos, justicia y estado constitucional: un tributo a Miguel C. Miravet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 155-178.

MARTINS-COSTA, Judith. "O direito privado como um 'sistema em construção': as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro", en *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 139, jul/set 1998, pp. 5-22.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Ed. Trotta, 1998, traducción al castellano de ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier y MARTÍNEZ NEIRA, Manuel, 318 pp.

MAZZARESE, Tecla. "Derecho y democracia constitucional: una discusión sobre *Principia Iuris* de Luigi Ferrajoli", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, 2008, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com>, fecha 21/04/2014, 22:20, pp. 325-353.

MAZZEI, Rodrigo Reis. "Notas iniciais à leitura no Novo Código Civil" en ALVIN, Arruda, ALVIN, Thereza (Orgs), *Comentários ao código civil brasileiro: parte geral*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María. "Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la*

*Universidad Autónoma de Madrid: la vinculación del juez a la ley*, nº 1, 1997, p. 297-326.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1976, 360 pp.

MONTERO AROCA, Juan. *Independencia y responsabilidad del juez*, Madrid, Ed. Civitas, 1990, 222 pp.

MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Ed. Alianza, 2003, traducción al castellano de BLÁZQUEZ, Mercedes, y VEGA, Pedro de, 842 pp.

MORAES LAUDANNA, Raquel. "Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual", en *Revista da faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 28, n. 1, ene/jul 2012, pp. 45-80.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. "Constitucionalismo garantista: notas lógicas", en FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz y TRINDADE, André Karan (Organizadores). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, Porto Alegre, Ed. Livraria do advogado, 2012, pp. 133-146.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados", en *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 261, ene/mar 1978, pp. 13-19.

MORENO CATENA, Víctor (Director) y COLMENERO GUERRA, José Antonio (Edición). *Ley Orgánica del Poder Judicial y Estatutos orgánicos*, 30ª Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2014, 1145 pp.

MORENO GARCÍA, Antonio. "Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en *Revista española de derecho constitucional*, año 13, n. 38, mayo/agosto 1993, pp. 263-295.

MORESO, Juan José. "Ferrajoli o el constitucionalismo optimista", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, 2008, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com> fecha 25/05/2015, 13:32, pp. 227-232, pp. 279-288.

MORODO, Raul. "Constitución, legalidad, legitimidad", en *Boletín informativo del seminario de derecho político de la universidad de Salamanca*, n. 26, marzo, 1962, pp. 60-72.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1975, 192 pp.

\_\_\_\_\_ y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, 6ª edición, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2004, 622 pp.

NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. *Poder judicial y sistema de fuentes: la potestad normativa del consejo general del poder judicial*, Madrid, Ed. Civitas, 2002, 375 pp.

NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ed. Ariel, 2000, 444 pp.

NINO, Carlos Santiago. *La construcción de la democracia deliberativa*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2009, 304 pp.

NUÑEZ PACHECO, Melissa. *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería, controversias y soluciones*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2013, 68 pp.

ORDÓÑEZ SOLÍS, David. *Jueces, derecho y política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*, Navarra, Ed. Thomson Aranzadi, 2004, 332 pp.

ORTEGA GUTIÉRREZ, David. *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, Ed. Dykinson, 2009, 129 pp.

OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. "Los elementos descriptivos como técnica legislativa: consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza", en *Revista de Derecho*, vol XXII, n. 1, julio 2009, p. 177. pp. 159-183.

OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, 2ª edición, Barcelona, Ed. Ariel Derecho, 1988, 315 pp.



PARESCCE, Enrico. *La dinamica de diritto. Contributi ad uma scienza Del diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 1975, p. 479.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*, 2ª edición, Barcelona, Ed. Ariel, 1994, 158 pp.

\_\_\_\_\_. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5ª edición, Madrid, Ed. Tecnos, 1995, 550 pp.

\_\_\_\_\_. *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*, Sevilla, Innovación Editorial Lagares, 2003, 179 pp.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. “¿Qué significa juzgar?”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 32, 2009, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com>, fecha 12/12/2013, 151-176pp.

PÉREZ TREMPES, Pablo. *Tribunal constitucional y poder judicial*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Cosntitucionales, 1985, 309 pp.

PINO, Giorgio. “Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral: sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2011, traducción al castellano de MORENO CRUZ, Diego, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), fecha 25/04/2014, 22:20, pp. 201-228.

POGREBINSCHI, Thamy. “Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo”, en *Direito, Estado e Sociedade*, n. 17, 2000, pp. 121-143.

POOLE DERQUI, Diego, *El derecho de los juristas y sus implicaciones: un diálogo con Lombardi Vallauri*, Madrid, Ed. Dykinson, 1998, 395 pp.

POSNER, Richard A., *El análisis económico del derecho*, México : Fondo de Cultura Económica, 2000, traducción de SUÁREZ, Eduardo L, 682 pp

POZZOLO, Susanna. “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 21-II, 2008, traducción al castellano de VILAJOSANA,

Josep. M., disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), fecha 26/04/2014, 10:10, pp. 339-353.

POZZOLO, Susanna. “Un constitucionalismo ambiguo”, en CARBONEL, Miguel (edición de). *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Madrid, Trotta-UNAM, 2009, traducción al castellano de CARBONELL, Miguel, pp. 187-210.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Ed. Tecnos, 1987, 146 pp.

\_\_\_\_\_. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2003, 306 pp.

PRIETO SANCHÍS, Luis. “Teoría del derecho y filosofía política en Ronald Dworkin”, en *Revista española de derecho constitucional*, año 5, n. 14, mayo/agosto 1983, pp 353-377.

PRIETO SANCHÍS, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en CARBONELL, Miguel (Ed). *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid. Ed. Trotta - UNAM, 2009, pp. 123-158.

PRIETO SANCHÍS, Luis, “Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34, 2011, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com>, fecha 01/05/2014, 09:01, 229-244 pp;

RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. “La individualización judicial de la pena en la primera codificación francesa y española”, en *Anuario de historia del Derecho español*, tomo LXXXIV, 2014, pp. 327-363.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª. edición, Madrid, Ed. Espasa Calpe, 2001, tomo II, 2368 pp.

REVERÓN PALENZUELA, Benito. *Poder judicial, unidad jurisdiccional y estado autonómico*, Granada, Ed. Comares, 1996, 279 pp.

RÓDENAS, Ángeles. “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, en *Doxa, Cuadernos*

de *filosofía del Derecho*, n. 24, 2001, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com.br>, al 27/08/2014, 22:00, 63-84 pp.

RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel J. "Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho: una reflexión breve", en *Anuario de filosofía del Derecho*, n. 16, 1999, disponible en <http://dialnet.unirioja.es>, fecha 07/06/2014, 21:30, pp. 121-142.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Contrato social*, Madrid, Ed. Boreal, 1999, traducción al castellano de DE LOS RÍOS, Fernando y PUMAREGA, Ángel, 276 pp.

RUIZ-TAGLE, Pablo. "Análisis comparado de la función judicial", en *Revista de Estudios Públicos*, n. 39, Santiago, 1990, p. 131-162.

RUIZ VADILLO, Enrique. "Art. 117. El poder judicial", en *Comentarios a la constitución española de 1978*, dirigido por ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, Madrid, Ed. Reunidas, 1998, Tomo IX, 287-325 pp.

SÁINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Ed. Civitas, 1976, 364 pp.

SAINZ MORENO, Fernando. "Problemas actuales de la técnica normativa", en *Anuario jurídico de la Rioja*, nº 1, 1995, 55-70 pp.

SALAZAR UGARTE, Pedro. "Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34, 2011, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), fecha 24/04/2014, 09:02, pp. 289-310.

SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Franciso. *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*, Madrid, Ed. Civitas, 2002, 268 pp.

SÁNCHEZ-CUENCA, Ignacio y LLEDÓ, Pablo. *Artículos federalistas y antifederalistas: el debate sobre la constitución americana*, selección y introducción de SÁNCHEZ-CUENCA, Ignacio y LLEDÓ, Pablo, Madrid, Ed. Alianza, 2002, traducción al castellano de LLEDÓ, Pablo, 262 pp.

SASTRE ARIZA, Santiago. "La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo", en CARBONELL, Miguel (Ed).

*Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid. Ed. Trotta - UNAM, 2009, pp. 239-258.

SEGURA ORTEGA, Manuel. *La racionalidad jurídica*, Madrid, Ed. Tecnos, 1998, 135 pp.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Ed. Bosch, 1992, 425 pp.

SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*, Coimbra, Ed. Almedina, 1994, 268 pp.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 5ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2014, pp. 678.

STRECK, Lenio Luiz. "Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo", en *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, dirección de FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz e KARAN TRINDADE, André, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2012, pp. 59-94.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. "Indeterminación del derecho. Las paradojas de la interpretación jurídica", en *La función judicial. Ética y democracia*, compiladores MALEN, Jorge, OROZCO, Jesús y VÁZQUEZ, Rodolfo, Barcelona, Ed. Gedisa, 2003, pp. 57-83.

TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006, traducción de CORDOVA VIANELLO, Lorenzo, p. 333, 430 pp.

TARUFFO, Michele. "Ley y juez en el 'rule of law' inglés y en el constitucionalismo americano", en *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*, dirección de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, Madrid, Ed. Cuadernos de Derecho Judicial, 1999, pp. 141-160.

TARUFFO, Michele. "Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, 2008, traducción al castellano de FERRER BELTRÁN, Jordi, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com>, fecha 21/04/2014, 22:20, pp.383-391.

TARUFFO, Michele. "Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica", en *Isonomía*, n. 22, abril/2005, traducción al castellano de SALAZAR, Pedro, pp. 8-18.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A criação e realização do direito na decisão judicial*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2003, 298 pp.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en América*, Madrid, Ed. Orbis, 1969, edición a cargo de MAYER, J. P., 751 pp.

TOHARIA CORTÉS, José Juan y GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, Juan José. *La justicia ante al espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, 263 pp.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. "O constitucionalismo garantista e a leitura moral da constituição: quais são as 'condições de possibilidade' dos juízos substanciais (materiais) de controle de constitucionalidade?" en *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, dirección de FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz e KARAN TRINDADE, André, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2012, pp. 185-206.

UGARTE, Pedro Salazar. "Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34, 2011, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), fecha 25/04/2014, 22:30, pp. 289-310.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*, 2ª ed., Navarra, Ed. Thomson-Civitas, 2007, traducción al castellano de DIÉZ PICAZO, Luis. 171 pp.

WAISMANN, Friedrich., "Verifiability", en. *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary, Volume XIX*, 1945, disponible en <http://www.ditext.com/waismann/verifiability.html>, fecha 22 de junio de 2015, 16:39.

ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. *El arte de legislar*, Pamplona, Aranzadi, 2009, 386 pp.

ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. "De la jurisprudencia a la legislación", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 15-16, 1994,

disponible en <http://www.cervantesvirtual.com>, fecha 25/04/2014, 21:03, 769-789 pp.